Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 B.G.B. mit § 817 B.G.B.

Ein Beitrag zur Lehre vom abstrakten Schuldvertrage des bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Theodor Erlanger

Rechtspraktikant in Neustadt a/A.

Approbiert am 25. April 1904.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

NEUSTADT A/A.

Ph. C. W. Schmidt'sche Buchdruckerei.

1904.

19

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0148

Meiner Mutter gewidmet.

Literaturverzeichnis.

1. *Ackermann,* Ueber das Verhältnis des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (B.G.B. §§ 780—782, 364, 812—822) in Gruchots Beiträgen Bd. 44. 1900 S. 573—592.
2. *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung,* Wien, 25. Jahrg. 1888, 48. Jahrg. 1897, 49. Jahrg. 1898, 51. Jahrg. 1900.
3. *Archiv für bürgerliches Recht,* herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann, 13. Bd., Berlin 1897, über abstrakte und causale Tradition und § 929 B.G.B. von Dr. jur. Krückmann (Göttingen).
4. *Dasselbe,* 21. Band, Berlin 1902, der Bereicherungsanspruch des B.G.B. von Dr. A. Hartmann (Berlin).
5. *Archiv für die zivilistische Praxis* von Degenkolb, Franklin, Hartmann, Mandry und v. Kohlhaas, 78. Bd. Freiburg i. B. 1892, zur Lehre von den Kondiktionen in Sonderheit von der condictio sine causa von Reichsgerichtsrat Dr. Bolze.
6. *Beiträge zur Auslegung des bürgerlichen Gesetzbuches,* herausgegeben von Dr. Franz Bernhöft und Dr. Julius Binder, 1. Heft. Leipzig 1902.
7. *Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich,* herausgegeben von Bekker und Fischer, Berlin 1889, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich von Dr. Franz Bernhöft.
8. *Bähr,* Anerkennung als Verpflichtungsgrund, III. Aufl. Leipzig 1894.
9. *Bekker,* System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I., Wismar 1886, Bd. II. 1889.

10. *Bendix,* Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs systematisch dargestellt. Breslau 1899.
11. *Biermann,* Das Sachenrecht des B.G.B., Kommentar zum B.G.B., Bd. III., Berlin 1898.
12. *Brinz,* Lehrbuch der Pandekten, II. Aufl., Erlangen 1879.
13. *Buchka,* Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das deutsche Reich und des gemeinen Rechts. Berlin, I. Aufl., 1897.
14. *Bülow,* Das Geständnisrecht, ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg, Leipzig, Tübingen 1899.
15. *Collatz,* Zum Rechte des B.G.B. zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung. Iherings Jahrb. Bd. 40 1899 S. 127 ff.
16. *Derselbe,* Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, ein Beitrag zum Rechte des B.G.B. Berlin 1899.
17. *Cosack,* Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das deutsche Reich. Jena, III. Aufl. 1900.
18. *Crome,* System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Tübingen und Leipzig 1900.
19. *Denkschrift zum Entwurf des B.G.B.*
20. *Dernburg,* Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, Bd. II 1 1899, Bd. II 2 1901, Bd. III 1898. Halle.
21. *Derselbe,* Pandekten, 6. Aufl. 1900.
22. *Deutsche Juristenzeitung.* Jahrgang 7 und 8.
23. *Eck,* Vorträge über das B.G.B., II. Ausg. Berlin 1898.
24. *Endemann F.,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Einführung in das Studium des B.G.B., 7. Aufl. 1900, 8. Aufl. 1903.
25. *Derselbe,* Ueber die zivilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.
26. *Endemann W.,* Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II. Leipzig 1887.
27. *Enneccerus und Lehmann,* Das bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des B.G.B. Marburg 1900. II. Aufl. 1901.
28. *Entwurf des B.G.B. für das deutsche Reich,* 1. Lesung, amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

29. *Fischer-Henle,* B.G.B., Handausgabe mit erläuternden Anmerkungen in Verbindung mit Ebert und Schneider herausgegeben, 4. Aufl. München 1900.
30. *Förster-Eccius,* Preussisches Privatrecht auf der Grundlage des Werkes von Förster, bearbeitet von Eccius. Berlin, 7. Aufl. 1896.
31. *Förtsch,* Vergleichende Darstellung des Code civil und des B.G.B. für das deutsche Reich, 2. Aufl. (unverändert). Berlin 1899.
32. *Gareis,* Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, allgemeiner Teil. Berlin 1900.
33. *Gneist,* Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. Berlin 1845.
34. *Goldmann-Lilienthal,* Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. Aufl. Berlin 1899.
35. *Gradenwitz,* Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.
36. *Gierke,* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
37. *Gruchot,* Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel, Eccius. Berlin, 8. Jahrg., Bd. 28, 6. Heft, der abstrakte obligatorische Vertrag von Liebe.
38. *Grünhut,* Wechselrecht. Leipzig 1897. In Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
39. *Haidlen,* B.G.B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgebenden Vorarbeiten. Stuttgart 1897.
40. *Hellwig,* Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs. Leipzig 1899.
41. *Heise,* Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts. Berlin 1902.
42. *Hölder,* Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B. München 1900.
43. *Huysinga,* Schuld und Schuldursache (causa). Amsterdam 1901.
44. *Jakobi,* Recht, Sitte und Sittlichkeit, ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen B.G.B. in Iherings Jahrbuch, Bd. 41. Jena 1900.

45. *Derselbe,* Wertpapiere.
46. *Ihering,* Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 24. Bd. Jena 1886. Die querella non numeratae pecuniae von Dr. L. Goldschmidt S. 33—128.
47. *Derselbe,* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 3. Teil, 4. Aufl. Leipzig 1888.
48. *Kindel,* Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der in dem Entwurf eines B.G.B. für das deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage. Berlin 1892.
49. *Kipp,* Der Parteiwille unter Herrschaft des B.G.B., Rede beim Antritt des Prorektorats der Universität Erlangen am 4. November 1899. Erlangen.
50. *Klingmüller,* Der Begriff des Rechtsgrundes, seine Herleitung und Anwendung. Breslau 1901.
51. *Derselbe,* Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Jena 1903.
52. *Kohler,* Die Ideale im Recht, Archiv für bürgerl. Recht Bd. V S. 161.
53. *Derselbe,* Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1902.
54. *Kuhlenbeck,* Das B.G.B. für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz Bd. I. Berlin 1899.
55. *Derselbe,* Von den Pandekten zum B.G.B. Berlin 1898 und 1899.
56. *Derselbe,* Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, Juristische Wochenschrift 25. Jahrg. Berlin 1896.
57. *Leonhard,* Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900, in der Guttentagschen Sammlung, das Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen, Bd. V u. X.
58. *Liebe,* Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.
59. *Lotmar,* Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.
60. *Matthiass,* Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1. Berlin 1899. 3. und 4. Aufl. Berlin 1900.

61. *Meissner,* Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buch d. deutschen B.G.B. Breslau 1898.
62. *Motive* zum Entwurf eines B.G.B. für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
63. *Neubecker,* Im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 22, Heft 1 S. 34 ff., der abstrakte Vertrag 1903.
64. *Oertmann,* Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde in der deutschen Juristenzeitung. Berlin 1902 Nr. 5 S. 105—108.
65. *Derselbe,* Das abstrakte Geschäft im deutschen B.G.B., in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung. Bd. 48 1897 Nr. 32 S. 249—253.
66. *Derselbe,* Kommentar zum B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
67. *Derselbe,* Recension von Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund in Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 1894 S. 738—750.
68. *Protokolle,* Bd. II.
69. *Planck,* B.G.B. nebst Einführungsgesetz, erläutert. Bd. I. 1897, Bd. II. 1900, Berlin,
70. *Ravitt,* Zur Lehre von den unsittlichen Verträgen und unsittlichen Bedingungen im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 58 S. 1 ff. Heidelberg 1875.
71. *Rehbein,* Das B.G.B. mit Erläuterung. Berlin 1898.
72. *Regelsberger,* Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893 in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I, T. I.
73. *Salkowski,* Lehrbuch der Institutionen und der Geschichte des römischen Privatrechts.
74. *v. Salpius,* Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.
75. *Scherer,* Das Recht der Schuldverhältnisse für das deutsche Reich. 1897.
76. *Schollmeyer,* Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, allgemeiner Teil. München 1900.
77. *Sohm,* Institutionen. Leipzig 1898.
78. *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess* von Hoffmann, Sommerlatt und Dr. Wulpert 7. Band. Leipzig 1897. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 812—822 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs von Dr. Anger.

79. *Siber,* Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
80. *Schlesinger,* Zur Lehre von den Formalkontrakten (1858).
81. *Stampe,* das Causa-Problem des Civilrechts. Eine rechtspolitische Studie an § 363 B.G.B. Greifswald 1904.
82. *Staub,* Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.
83. *Derselbe,* Kommentar zur Wechselordnung, 4. Aufl. 1901.
84. *Staudinger,* Kommentar z. B.G.B. für das deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse. München 1898.
85. *Szkolny und Caro,* B.G.B. für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, erläutert. Berlin 1898.
86. *Thöl,* Wechselrecht, 4. Aufl. Leipzig 1878.
87. *v. Tuhr,* Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem B.G.B. Leipzig 1903.
88. *Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages,* herausgegeben von dem Schriftführeramt der ständigen Deputation 3. Bd. Berlin 1871.
89. *Witte,* Bereicherungsklagen 1859.
90. *Weyl,* Vorträge über das B.G.B. für Praktiker. München 1. 1898, Bd. 2 1900.
91. *Wieland,* Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen. Basel 1901.
92. *Windscheid,* Die Lehre von den Voraussetzungen des römischen Rechts. 1850.
93. *Derselbe,* Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1887.
94. *Windscheid-Kipp,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl, von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.
95. *Zitelmann,* Die Möglichkeit eines Weltrechts in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, Bd. 28, 1888.
96. *Derselbe,* Das Recht des B.G.B., allgemeiner Teil. Leipzig 1901.

Einleitung.

Bei näherem Eingehen auf den vielbesprochenen scheinbaren Gesetzeswiderspruch, den §§ 134, 138 B.G.B. einerseits mit § 817 andererseits bilden, schien es unerlässlich auch die Theorie der abstrakten Verträge selbst mit in den Rahmen der Arbeit zu ziehen, da obige Antinomie nur bei dieser besonderen Art von Verträgen eine Rolle spielt und das B.G.B. den Begriff „abstraktes Rechtsgeschäft" nicht gesetzlich festgestellt hat, sondern seine Erklärung der Wissenschaft überliess.

Im Entwurf I finden wir zwar in § 290 Abs. 2[1]) eine Bestimmung, welche darauf schliessen lässt, dass eine gesetzliche Regelung ursprünglich geplant war. Durch die Streichung dieser Vorschrift wollte die zweite Kommission wohl andeuten, dass sie denjenigen Begriff, den sich Theorie und Praxis über dieses Rechtsinstitut entwickelt hat, auch für das bürgerliche Gesetzbuch übernehmen wolle.

Ueber die Theorie der abstrakten Verträge ist seit Bähr eine so grosse Anzahl von Abhandlungen, sowohl im Zusammenhang mit der Darstellung des Pandektenrechts, wie auch in Einzeldarstellungen erschienen, dass sich kaum mehr viel Neues darüber schreiben lässt.

Der Zweck dieser Untersuchung soll hauptsächlich der sein:

a) darauf hinzuweisen, dass der Begriff „abstrakt", wie wir ihn aus den einzelnen abstrakten Rechtsgeschäften des bürgerlichen Gesetzbuchs ableiten können, keines-

---

[1]) § 290 Abs. 2 E. I lautet: Zur Wirksamkeit des Vertrags ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Vertragsschliessenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder dass der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war. Die Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

falls ein einheitlicher ist, dass man also ein Rechtsgeschäft noch nicht genügend charakterisiert durch seine Bezeichnung als abstraktes Rechtsgeschäft,

b) zu betonen, dass zwischen dem abstrakten Rechtsgeschäft und seinem ausgeschiedenen Rechtsgrunde stets noch eine Beziehung besteht, deren Wirkungen manchmal so stark sind, dass es nicht unberechtigt scheint, wenn neuerlich Neubecker das abstrakte Schuldverhältnis eine reine Tantalus-Obligation [1]) nennt.

Der historische Ueberblick soll die Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte im Rechts- und Verkehrsleben kurz beleuchten.

Um die Uebersicht besser zu wahren, sind Fragen von sekundärer Bedeutung, welche der Vollständigkeit halber erwähnt werden mussten, in die Anmerkungen verwiesen.

---

[1]) Neubecker a. a. O. S. 84 Anm. 48.

§ 1.

Wesen und Begriff des abstrakten Vertrages.

Abstrakte,[1]) d. h. von der causa (Rechtsgrund)[2]) abgezogene Rechtsgeschäfte sind „künstliche Gebilde“ (Ausnahmeformen)[3]) der Rechtsordnung, bei welchen infolge positiven Rechtssatzes[4]) der erklärte Wille ohne Rücksicht auf die Zweckbestimmung die Parteien bindet oder, um die allerdings nicht ganz einwandfreie Relation von Mittel und

[1]) Abstrakte Rechtsgeschäfte ist wohl der am meisten zutreffende und gebräuchlichste Ausdruck; betr. der sonst noch vorgeschlagenen Ausdrücke vergl. Klingmüller Begriff des Rechtsgrundes S. 35 Anm. 1, Heise a. a. O. S. 4, Dernburg Pandekten II 1 S. 193, Windscheid Pandekten § 318.

[2]) Das B.G.B. spricht im § 812 von einem „rechtlichen Grund“, gibt aber keine Definition desselben; Klingmüller Begriff des Rechtsgrundes S. 4 ff., 8 ff., 116 ff. trennt den Begriff in eine causa im subjektiven Sinne und eine causa im objektiven Sinne. Unter letzterer versteht er den äusseren gesetzlich normierten Tatbestand, an dem die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen anknüpft, während er unter causa im subjektiven Sinne (der hier zutreffende Begriff) einen inneren psychologischen Vorgang in der Seele des handelnden Menschen versteht. Eine dem praktischen Bedürfnis deshalb mehr entsprechende Erklärung des Begriffes „causa“, weil hier besonders auf die Abgrenzung derselben vom Begriff des Motives ein Gewicht gelegt wird, finden wir bei Manigk (Leonhards Studien zum B.G.B. Heft V S. 261). Nach seiner Erklärung ist Motiv einer Handlung die Summe aller der Vorgedanken, die zu der Absicht und der Handlung geführt haben, während unter causa die Absicht individualisierende Vorstellungen zu verstehen sind, d. h. diejenigen, welche eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Absicht hinreichend kontratisieren, von allen andern unterscheiden. Im einzelnen Fall muss diese Abgrenzung der Richter vornehmen. Dagegen Kuhlenbeck v. d. Pand. z. B.G.B. Bd. I S. 422, vergleiche auch dazu Matthiass a. a. O. Bd. I S. 201, vergl. auch die bei den Römern ursprüngliche Dreiteilung der causa, z. B. I 65 § 4 D ad S C Trebeltianum 36.

[3]) Vergl. Klingmüller Begr. des Rechtsgr. S. 48 § 9, Regelsberger a. a. O. § 667 S. 610.

[4]) Ueber die Streitfrage betr. des sogen. abstrakten Verpflichtungswillens s. S. 14 Anm. 2.

Zweck zu gebrauchen, Rechtsakte, bei welchen das juristische Mittel (Hülfsgeschäft nach Stampe a. a. O. S. 33) einen Erfolg hervorbringt ohne Rücksicht auf seinen Zweck (Grundgeschäft nach Stampe).

Der Unterschied zwischen kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften liegt demnach darin, dass die Rechtsordnung bei letzteren nicht nur das Motiv[1]) (z. B. ob jemand kauft, weil er die Sache nötig hat, oder um einem Anderen einen Dienst zu erweisen) als unerheblich ausscheidet, sondern auch den rechtlichen Zweck (z. B. beim Kauf die Erlangung des Kaufpreises), der bei einem kausalen Rechtsgeschäft wesentlicher Geschäftsinhalt (essentiale negotii[2]) ist, als nicht von Belang, gleichsam durch operativen Eingriff, analytisch[3]) entfernt.

Man hat also unter einem abstrakten Rechtsgeschäft nicht ein Rechtsgeschäft ohne jeglichen Grund[4]) zu verstehen. Denn ein solcher muss bei der Abgabe einer jeden Willenserklärung mit absoluter Notwendigkeit beim Denkprozess des Menschen vorhanden sein,[5]) abgesehen natürlich von Blödsinnigen oder im Schlafe Handelnden, sondern nur solche Rechtsgeschäfte, bei welchen die Rechtsordnung [sei es, weil sie noch zu wenig entwickelt ist[6]) oder, weil sie einen sehr hohen Grad der Entwickelung erreicht hat] gestattet, dass eine Willenserklärung nicht um ihres rechtlichen Grundes

---

[1]) Vergl. Ihering Geist d. r. R. III 1 S. 210. Das Motiv ist etwas für die juristische Charakteristik des Geschäfts völlig Unwesentliches.

[2]) Vergl. Zitelmann D. R. d. B.G.B. S. 210; Klingmüller Begr. d. Rechtsgr. S. 84 No. 2; Windscheid Pand. II S. 233.

[3]) Vergl. Ihering G. d. r. R. III, 1 S. 207, analytische Vereinfachung der Tatbestandes; abstrakte Analyse.

[4]) S. Cicero bei Windscheid Pand. II S. 233 Nt.: Cic. de fat. c. 11.

[5]) Die Verbindung einer jeden Vermögensübertragung mit einem sie bestimmenden Zweck ist eine notwendige Folge des bewussten Handelns. Die causa ist eine psychologische Notwendigkeit; Bähr a. a. O. S. 8 ff., Liebe S. 124, Salpius S. 215, 216, Gneist S. 122, Witte S. 53, Schlesinger S. 7, Leonhard allgem. Teil S. 65 ff., Regelsberger Pand. I S. 608, Klingmüller Begr. des Rechtsgrundes S. 36, Klingmüller Schuldverspr. S. 3.

[6]) Vergl. Klingmüller, Schuldverspr. S. 114. In diesem Falle liegt der Grund hiefür nicht in tieferen legislatorischen Erwägungen, sondern einfach in der geringen Beweglichkeit unentwickelter Rechte. Vergl. Stampe a. a. O. S. 33 § 7.

halber, sondern um ihrer selbst willen,[1]) nur weil sie abgegeben wurde, rechtlich bedeutsam sein soll. Es schuldet der A dem B 1000, nicht weil er ihm ein Grundstück verkauft hat, sondern weil er die Erklärung abgegeben hat, er wolle ihm 1000 schuldig sein.

Wenn wir von jenen abstrakten Verträgen, welche den niedrigen Standpunkt eines rein und streng formalistischen Rechtes bezeichnen, absehen, so zeigt jene oben gezeichnete Form, das Sich-Begnügen der Rechtsordnung mit einem psychologisch unverständlichen Inhalt[2]) einer Erklärung, den Standpunkt eines hochentwickelten Rechts. Diesem entspricht naturgemäss, da Rechtsgedanken und Rechtssätze lediglich eine Verdichtung der das Volk beherrschenden Ideen und Anschauungen sind, ein hochentwickeltes Verkehrsleben[3]) und gerade für letzteres bietet diese Art von Rechtsgeschäften mit ihrem vereinfachten Tatbestand einen ungeheuren Vorteil.[4]) Je komplizierter und umfangreicher der Tatbestand, je unbestimmter, vager die Erfordernisse, aus denen er zusammengesetzt, um so umständlicher und schwieriger der Beweis. Denn, so argumentiert Ihering,[5]) jedes dieser Erfordernisse leistet dem Gegner den Dienst einer offenen Schanze, die er durch bloses Leugnen in Besitz nehmen kann und aus der der Angreifende ihn erst mit vieler Mühe vertreiben muss.

---

[1]) Vergl. Tuhr a. a. O. S. 5. Beim abstrakten Schuldversprechen haftet der Schuldner nicht aus dem Rechtsverhältnis, das ihn zur Abgabe des Versprechens veranlasst hat, sondern aus dem Versprechen selbst, non quia mutuum accepit, emit etc., sed quia promisit.

[2]) Klingmüller Begr. des Rechtsgr. S. 37.

[3]) Zitelmann R. d. B.G.B. S. 132 behauptet, die Entwickelung der abstrakten Rechtsgeschäfte wäre eine Folge der entwickelten Rechtsordnung; vergl. ferner Oertmann Kom. d. B.G.B. S. 249, Crome a. a. O. S. 327 Anm. 23.

[4]) Vergl. Zitelmann a. Oest. G.Zt. Bd. 28 S. 20. Die Zerlegung des emprisch einheitlichen Geschäfts in Mittel und Zweck war eine der grössten und folgereichsten Taten des menschlichen Geistes, eine Tat, ohne welche, man darf kühn sagen, die gesamte Entwicklung unseres gesamten modernen Vermögens- und Rechtsverkehrs unmöglich wäre; vergl. ferner a. a. O. S. 249, Crome I S. 327 Anm. 23, Mot. Bd. II S. 69 i. ff., Prot. I S. 17, 38 ff., Prot. II Bd. II S. 501 ff., Denkschrift S. 93; dagegen Gierke a. a. O. S. 225 ff., er bezeichnet die generelle Einführung abstrakter Schuldversprechen als einen überaus gewagten Schritt des Gesetzgebers, welcher durch ein Bedürfnis des gewöhnlichen bürgerlichen Lebens kaum geboten sei.

[5]) Vergl. Ihering G. d. r. R. III 1 S. 207.

Dann dient es auch entschieden zur Erleichterung des Verkehrs, wenn ein Gläubiger im Prozess zur Substantiierung seiner Klagbitte nur die eine Tatsache vorbringen muss,[1]) dass von seiten des Schuldners eine Willenserklärung, die ihn verpflichten sollte, abgegeben wurde, ohne auf das zugrunde liegende Verhältnis[2]) dabei eingehen zu brauchen.

---

[1]) Regelsberger Pand. S. 608. Beim Urteil über den nächsten Erfolg eines solchen Rechtsgeschäfts darf nur gefragt werden, ob die Parteien die Wechselverpflichtung usw. gewollt haben, nicht aber, zu welchem Zweck, noch weniger, ob der Zweck erreicht ist.

[2]) Ihering, Geist des r. R. nennt deshalb das dem abstrakten Rechtsgeschäft zugrunde liegende Verhältnis den „Krankheitsstoff", der ausgeschieden wird und deshalb das Rechtsverhältnis nicht mehr affizieren kann, III S. 214.

§ 2.

Die geschichtliche Entwickelung des abstrakten Schuldvertrages.

Die Geschichte des abstrakten Rechtsgeschäftes bildet wegen dieser grossen Bedeutung desselben im Verkehrsleben und bei dem engen Zusammenhang mit diesem einen sehr deutlichen Spiegel der Entwickelung des Wirtschaftslebens und der Wirtschaftspolitik.[1])

Im römischen Recht befinden wir uns bis Iustinian auf einer aufsteigenden Linie.

Zu Beginn der römischen Rechtsentwickelung sind fast alle Rechtsgeschäfte, welche zur Regelung des Vermögensverkehrs dienen, abstrakt und zwar von jener Abstraktheit, welche in ihrem strengen Formalismus und ihrer Vernachlässigung des materiellen Rechts, die nur wenig entwickelte Rechtsordnung kennzeichnet. Die einzelnen Rechtsgeschäfte benötigen einen grossen Aufwand von Formalitäten. Dernburg[2]) sagte deshalb auch, sie haben dramatischen Charakter.

Da ist zunächst zu erwähnen, die mancipatio[3]) ein Uebereignungsgeschäft mit objektiv beschränktem Wirkungskreis; streng formell, mit einem Aufwand von 5 Zeugen, einem gelernten libripens mit Wage und Geldgewicht, sowie bestimmten sakramentalen Worten. Die abstrakte Natur des Rechtsinstitutes erkennt man am besten an seiner Verwendung als Deckgeschäft zur Verwirklichung der verschiedensten wirtschaftlichen Zwecke. Gewissermassen als Ergänzungsgeschäft in bezug auf das Objekt der Uebereignung ist die in jure cessio[4]), ebenso streng formell wie die

[1]) Vergl. Dernburg B. R. II, 1 S. 194. Die Geschichte der abstrakten Verträge steht im engen Zusammenhang mit den das Schuldrecht beherrschenden Richtungen, die bald im Interesse des Kredits schneidige Geltendmachung der Forderung, bald im Namen der Humanität grösseren Schutz des Schuldners fordern.

[2]) Vergl. Dernburg Pand. I S. 221.

[3]) Vergl. Gaj. Inst. I § 119, Sohm Inst. S. 48.

[4]) Sie ist anders als die mancipatio auch für res nec mancipi zu verwenden, vergl. Dernburg Pand. I S. 221.

mancipatio, in die Form des ordentlichen Rechtsstreites — ein Scheinprozess — gekleidet. Abstrakt ist auch das älteste und ursprünglich einzige Kreditgeschäft das nexum mit den gleichen Formen wie die mancipatio, ferner das Erfüllungsversprechen der Banquiers, welches sie auch hinsichtlich nicht fungibler Sachen abgeben konnten receptum, argentarii. Eine abstrakte Schuld konnte auch entstehen durch wechselseitigen Eintrag in den codex accepti et expensi des pater familias, die literarum obligatio; den gleichen Charakter trug ferner eine durch expensilatio umgewandelte derartige Buchschuld das nomen transcripticium[1]) und die diesem analoge novatio.

Von grösster Bedeutung für den ganzen römischen Rechtsverkehr ist endlich die Stipulatio,[2]) ein strenger, aber sehr einfacher und deshalb sehr biegsamer und für jede Art von Leistung zu gebrauchender Formalakt,[3]) der besonders von dem Moment an, wo es gestattet war, jede Art von Formel für ihn zu gebrauchen, den ganzen römischen Vermögensverkehr ausschliesslich beherrschte. Der Stipulatio entsprach als formeller Lösungsakt die Acceptilatio[4]).

Bei Justinian beginnt die Entwicklung wieder zurückzugehen[5]). Mit dem Verfall des römischen Weltverkehrs[6])

[1]) Salpius S. 212 ff.

[2]) Die formelle obligatorische Wirkung dieser Rechtsgeschäfte ist zuerst von Liebe und nach ihm besonders von Bähr hauptsächlich auf den verpflichtenden Willen der Parteien zurückgeführt, welchem die gesetzlich privilegierte Form gestattet, sich zu einem nackten von dem Rechtsgrunde abstrahierenden dare oportere zu verkörpern; Salpius S. 212, Bähr S. 15, 85. Dagegen Klingmüller Begr. des Rechtsgr. S. 56 ff. hierüber weiter oben, vergl. Heise S. 18 Anm. 8.

[3]) Vergl. J. 3, 15 de verborum obligatione; D. 45, 1, de verborum obligationibus; C. 8, 37, de contrahenda et committenda stipulatione; über die Bedeutung des Wortes Stipulatio pr. J. 3, 15, Goldschmidt a. a. O. S. 48.

[4]) Dernburg b. R. II, 1 S. 194 nennt die stipulatio ein vollendetes Muster für abstrakte Verbindlichkeit, vergl. ferner Klingmüller Begr. d. Rechtsgr. S. 61, Liebe S. 82, Salpius S. 213, (l. 5 D. 45, 1).

[5]) Vergl. C. 19 § 1; D. 46, 4 imaginaria solutio § 1; J. 3, 29; C. 77, D. 50, 17, vergl. ferner Heise a. a. O. S. 18.

[6]) Vergl. Klingmüller S. 51. Allmählich erst verschwand der Sinn für das Wesen und die Bedeutung der abstrakten Geschäfte, die in ihrer Formenstrenge erheblich abgeschwächt wurden. Justinian erschien es als absurdum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium, das abstrakte Geschäft in seiner früheren Prägnanz und seinen Rechtsfolgen weiterhin zuzulassen. Bähr a. a. O. S. 148 § 37. Zu Justinians Zeiten war der Sinn für Form und Bedeutung der Stipulation aufs tiefste gesunken.

war den Römern der Sinn für die grosse Zweckmässigkeit abstrakter Rechtsgeschäfte verloren gegangen. Besonders aus zwei Stellen im corpus juris lässt sich dies deutlich erkennen. In l. 13 C, de non numerata pecunia 4, 30 wird dem aus einer stipulatio ob causam und einer darüber errichteten cautio klagenden Gläubiger der Beweis auferlegt, dass er dem Beklagten ein Darlehen gegeben hat, wenn dieser es bestreitet. Der aus dem abstrakten Vertrag Klagende wird also genötigt, die causa im Prozess aufzudecken, um mit seiner Klage durchzudringen. In Uebereinstimmung hiemit bestimmt l. 25 § 4 D de probationibus 22, 3 ganz allgemein, der aus einer cautio indiscreta klagende Gläubiger hat die Beweislast dafür zu tragen, dass die begehrte Schuld rechtsgültig besteht. Beides Bestimmungen, welche man mit Dernburg sehr wohl das Grabgeläute[1]) der Stipulatio — wenn man diese als Vertreterin der abstrakten Obligation überhaupt bezeichnet — nennen kann.

So kam es auch, dass wir das römische Recht fast ohne diese Rechtsbildung recipierten, und mit dem alsbaldigen Uebergewicht des fremden Rechts über unser einheimisches deutsches Recht wurde diese Art von Verträgen, die das deutsche Recht wohl kannte,[2]) aus dem Rechtssystem verdrängt.

Aus dieser Vergessenheit wurden die abstrakten Verträge erst durch die Schriften Liebes und v. Gneists geweckt. Bahnbrechend wirkte jedoch erst die im Jahre 1835 erschienene Schrift Bährs: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, welche der Wissenschaft die Bedeutung dieser Vertragsart

[1]) Die hauptsächlich in Betracht kommende stipulatio verlor ihren abstrakten Charakter, als man dem Gläubiger beim Vorbringen der exceptio doli den Beweis auferlegte, ob er die Leistung, um deren willen der Schuldner promittiert hatte, bewirkt habe. Dies entsprach den Auffassungen der späteren Zeit, welche die Schuldner möglichst zu schützen suchte auf die Gefahr hin, den Kredit in Frage zu stellen; Dernburg b. R. II 1, S. 194 § 88 II; Klingmüller S. 28; vergl. Dernburg Pand. 2 § 22 Nr. 6 S. 64; Oertmann abstr. Vertrag S. 1 spricht von greisenhaft bevormundendem Charakter des justinianischen Rechts. Dagegen Witte Bereicherungsklagen S. 201—205, vergl. auch Heise S. 20.

[2]) Im älteren deutschen Rechte gab es abstrakte Rechtsgeschäfte, vergl. Dernburg b. R. II 1 S. 194 Anm. 2, das ältere deutsche Recht forderte die Darlegung des Schuldgrundes nicht, ferner Klingmüller, Begr. d. Rechtsgr. S. 52 Anm. 1.

gezeigt[1]). Die Praxis war jedoch, wie so häufig, auch hier der Theorie vorausgeeilt, sie hatte den Bedürfnissen des gesteigerten Verkehrslebens durch die Schaffung des abstrakten Wechsels[2]) zu genügen gesucht. Die Lehre Bährs, die grossen Einfluss auf die Theorie gehabt, der sich besonders auch bei Abfassung des bürgerlichen Gesetzbuchs zeigte, war folgende:

Im Anschluss an die beiden obengenannten Quellenstellen hatte die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis einem abstrakten Rechtsgeschäfte und insbesondere einem Schuldschein ohne Angabe des Rechtsgrundes sog. cautio indiscreta jede klagebegründende, ja selbst beweisende Wirkung abgesprochen. Diese Lehre hatte so unbestrittene Geltung, dass man es gleichsam als Ketzerei bezeichnete, wenn jemand sagte, man kann aus dem blosen Versprechen klagen, wenn es noch so evident war, die Parteien haben eine Obligation begründet, ein Versprechen festsetzen wollen mit Ausschluss juristischer Gründe[3]). Dagegen trat nun Bähr auf und erklärte, diese ganze Lehre beruht auf vollkommen verfehlter Grundlage, denn erstens ist es äusserst zweifelhaft, ob die angeführten Quellenstellen überhaupt echt und damit bindend sind, zweitens wenn sie echt sein sollten, dann begeht man den zweiten Fehler dadurch, dass man die cautio, die in späterer Zeit beim Stipulationsabschluss regelmässig abgefasste und deshalb mit der stipulatio selbst identificierte Urkunde, mit dem Schuldschein verwechselt. Ein Schuldschein allerdings ohne Grundangabe sei nicht beweisend, nicht so aber eine Stipulationsurkunde, die cautio indiscreta.[4]) Nach dieser Negation der herrschenden Lehre

[1]) Otto Bähr bewies unwiderleglich, wie bitter nötig uns ein Surrogat für die römische, durch keine juristische Kunst wieder zu erweckende Stipulation sei, und fand ein solches bekanntlich in der vom täglichen Verkehr längst in zahlreichen Variationen ausgebildeten Anerkennung, unter deren Begriff er auch den Schuldschein subsumierte. Vergl. Oertmann a. Oest. G. Z. S. 249; ferner Bähr S. 258 § 58.

[2]) Allg. d. W. O. vom 24. November 1848.

[3]) Vergl. Verhandlungen des IX. Juristentages Bd. 3 S. 88. Ihering behauptete daselbst weiter: Dem Juristen war es so natürlich, zu einem Rechtsgeschäft gehört die causa, wie die Tatsache, dass der Mensch männlichen oder weiblichen Geschlechts sei.

[4]) Vergl. Bähr a. a. O. S. 157, vergl. 7 Neubecker, a. a. O. S. 35. Bährs phychologischer Ausgangspunkt ist zweifacher Art: 1. negativ die Behandlung der cautio indiscreta im gemeinen Recht, 2. positiv der Abrechnungsvertrag in der Praxis der kurhessischen Gerichte.

sucht Bähr nachzuweisen, dass der abstrakte Verpflichtungswille in der Anerkennung, wie sie in den einzelnen Gestaltungen des Anerkennungsvertrages, nämlich in dem Abrechnungsgeschäft, der einfachen Anerkennungserklärung, der Rechnungsstellung und dem Schuldschein vorhanden, an die Stelle der Stipulation getreten sei, indem er den Satz aufstellte: „Wer bekundet schuldig zu sein, will sich auf diese Schuld verpflichten. Das Beweismittel für eine Schuld wollen, heisst die Schuld versprechen.“ [1]) Diese Lehre hatte jedoch auch einige Gegner, und es wurde durch sie in der juristischen Theorie ein Streit für und wider die abstrakten Rechtsgeschäfte entfacht. Es trat Kindel [2]) auf und bestritt die Möglichkeit eines abstrakten Rechtsgeschäfts überhaupt, andere bestritten blos die bindende Kraft der formlosen abstrakten Rechtsgeschäfte; [3]) zugleich wurde die Streitfrage

[1]) Vergl. Bähr § 58 S. 258.

[2]) Kindel a. a. O. S. 3 u. 4. „Ein Rechtsgeschäft ohne causa ist nichtig . . . . Wenn man trotzdem Rechtsgeschäfte, welche der causa entbehren und ihren Zweck verfehlen, als gültige bezeichnet hat, so liegt darin ein innerer Widerspruch. Zwecklose Rechtsgeschäfte zu schaffen, ist nicht der Zweck realer Jurisprudenz.“ Es ist jedoch Kindel nicht gelungen, seine Theorie von inneren Widersprüchen frei durchzuführen, sie leidet insbesondere an zu enger Auffassung des Begriffs der causa, vergl. Klingmüller Begr. d. Rechtsgrundes S. 39 ff. Der Theorie Kindels schloss sich insbesondere Kuhlenbeck an, vergl. Kom. z. B.G.B. Anm. vor § 780; es dürfte sich darnach die Auffassung Kindels rechtfertigen, wonach das sogenannte abstrakte Geschäft keineswegs unbedingt (vollständig) von der causa unabhängiges Recht, sondern eine Rechtsvermutung der Gültigkeit einerseits und andererseits ein Verfügungsrecht des Gläubigers erzeugt, ferner § 762 Note III von den Pand. z. B.G.B. S. 321.

[3]) Die bindende Kraft abstrakter formloser Verträge bestreitet besonders Gneist S. 228, Brinz II S. 139, Windscheid Pand. § 318 3, S. 234, 319 2, Dernburg Pand. I, S. 220, vergl. Klingmüller Begr. d. Rechtsgr. S. 38, Endemann Bd. I § 194, Matthiass Bd. I § 134. Sie alle sprechen in ziemlich gleicher Weise aus, dass die Möglichkeit einer künstlichen Abstraktion nur gegeben sei durch die Einführung einer besonderen für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Klingmüller besonders hebt scharf hervor, dass die Zulassung abstrakter formloser Verträge einer Durchbrechung unseres ganzen Zivilrechtssystems gleichkäme. Mit der weiteren Folgerung, welche alle diese Schriftsteller hieran knüpfen, die Form schafft die Verpflichtung (Endemann), können wir uns nicht einverstanden erklären. U. E. hat die unbedingt nötige Formvorschrift lediglich den Zweck, den sonst ziemlich aussichtslosen Beweis, dass ein abstraktes Rechtsgeschäft vorliegt, möglich zu machen, vergl. v. Salpius S. 214 ff.; er nennt die Formvorschrift eine Präsumption für das Vorhandensein eines abstrakten

aufgeworfen, ob die abstrakten Rechtsgeschäfte aus sich selbst heraus, allein durch den Willen der Vertragsschliessenden[1]) oder erst durch positive Rechtssätze bindende Kraft erhielten. Aber über alle diese Streitfragen hinweg gelangten schliesslich Theorie und Praxis zur allgemeinen Anerkennung der abstrakten Verträge für das gemeine Recht und zwar aus Gründen der Billigkeit sowohl, wie dem Bedürfnis des täglichen Lebens nachkommend, als auch insbesondere in der Erwägung, dass Verträge dieser Art ja auch im klassischen römischen Recht vorhanden und nur im Laufe der Zeiten ausser Gebrauch geraten waren.[2])

Vertrags, ferner Neubecker, die Form ist nicht causa efficiens, sondern nur conditio sine qua non, vergl. Tuhr a. a. O. S. 4. Ein weiterer Grund für die Formvorschrift, der besonders im bürgerlichen Gesetzb. ausschlaggebend ist, besteht darin, Unzuträglichkeit und „Härten" zu vermeiden, also Schutz des wirtschaftlich Schwächeren gegen Ausbeutung, vergl. Motive B.G.B. Bd. II S. 688. Besonders deutlich geht dies daraus hervor, dass das B.G.B. in Bezug auf Formvorschrift eine Zweiteilung vornimmt. Diejenigen abstrakten Akte, durch welche selbständig eine Verpflichtung begründet bezw. anerkannt wird, bedürfen der Formvorschrift, diejenigen, welche eine Verfügung über ein schon bestehendes Forderungsrecht enthalten, sind formlos.

[1]) Die Lehre des absolutistischen Willensdogmas (abstrakter Verpflichtungswille), welche ausgeht von dem Satz: Pacta sunt servanda, leidet nicht nur an einer Ueberspannung der subjektiven Willensmacht, hervorgehend aus dem Glauben an die Allmacht des menschlichen Willens (Endemann), sondern auch an einem inneren psychologischen Widerspruch. Obwohl die Vertreter dieses Dogmas alle einräumen, dass ein abstrakter Verpflichtungswille im Menschen nicht entstehen könne, die Loslösung dieses Versprechens von seinem Verpflichtungsgrund vielmehr ein künstlicher Abstraktionsprozess sei, so behaupten sie doch, der menschliche Wille könne sich teilen, aus seiner Einheit einige Teile aussondern und diese zu selbständigem Sein bringen. Durch die Leugnung des Ersteren wird auch das Letztere hinfällig. Es sind die abstrakten Geschäfte als künstliche Gebilde der Rechtsordnung der Privatwillkür nur innerhalb dieses von der Rechtsordnung aufgestellten Rahmens zugängig. Sehr richtig bemerkt übrigens Neubecker, dass es ein abstraktes Wollen überhaupt nicht gibt, höchstens eine abstrakte Erklärung, Neubecker a. a. O. S. 74.

[2]) Einzelne Schriftsteller wenden sich auch gegen die abstrakte Natur einzelner Rechtsgeschäfte, so z. B. der Stipulatio.

§ 3.

Die abstrakten Schuldverträge des B.G.B.

Das Resultat dieser ganzen Bewegung ist ein entschiedener Sieg der abstrakten Rechtsgeschäfte, deren wir im heutigen Reichsrecht und insbesondere im B.G.B. sowohl im Gebiete des Sachen- wie auch des Obligationenrechts eine grosse Anzahl besitzen; für uns kommen lediglich letztere in Betracht. Bei ihrer Aufzählung können wir uns einer Zweiteilung bedienen.

a) Absolut abstrakte[1]) obligatorische Rechtsgeschäfte, d. h. Rechtsgeschäfte, welche nur ohne Beziehung auf ihren subjektiven Rechtsgrund geschlossen werden können, zu deren gesetzlichem Tatbestand die Abstrahierung von Zweckgeschäften gehört. Jede Erwähnung desselben kann, ohwohl durch blose Erwähnung des Grundgeschäftes das abstrakte Rechtsgeschäft noch nicht kausal wird, als Verstoss gegen die Formvorschrift Nichtigkeit herbeiführen. Wir haben in unserem heutigen Rechtssystem nur ein einziges derartiges Rechtsgeschäft, den Wechsel.[2]) Auf der Wechselurkunde darf das Grundgeschäft nicht erwähnt sein. Dies geht aus Art. 4 W.O. hervor. In diesem Artikel sind nämlich alle Erfordernisse eines gültigen gezogenen Wechsels aufgezählt; da das Grundgeschäft hierunter nicht genannt ist, so darf es, weil für die Wechselverbindlichkeit strenge Formvorschrift gilt, nicht erwähnt werden.

b) Wahlweise abstrakte Rechtsgeschäfte, d. h. Rechtsgeschäfte, welche kausal gefasst werden können, aber

[1]) Vergl. Ackermann S. 575 a. a. O. Gareis Vorbem. z. III. Absch. S. 109.

[2]) Dernburg bürg. R. II 1 S. 195, § 89 II S. 235, § 248.

auch, kraft positiver Rechtsvorschrift, ohne Beziehung auf ihren Rechtsgrund eine obligatorische Bindung erzeugen. Zu diesen gehören:

1. Das Schuldversprechen[1]) und das Schuldanerkenntnis B.G.B. § 780, 781. In § 780 tritt die abstrakte Natur, wie sie schon im Entwurf I § 683, 684, „um einem praktischen Bedürfnis zu genügen", anerkannt und, trotz Aenderungsvorschläge in der zweiten Kommission, in der Bundesrats- und Reichstagsvorlage beibehalten wurde, aus dem Wortlaut: „dass das Versprechen die Leistung selbständig begründen soll", unzweifelhaft klar hervor. Es hat auch u. W. ausser Förtsch a. a. O. S. 164 ff. niemand daran gezweifelt, dass das Schuldversprechen ein abstrakter Vertrag ist. Praktisch wie theoretisch ohne Unterschied — der nur formeller Natur ist — von dem Schuldversprechen ist das Schuldanerkenntnis[2]) B.G.B. § 781. Beide Verträge unterscheiden sich nicht im Wesen von einander, sondern lediglich im Ausdruck.
2. Die Annahme einer Anweisung[3]) B.G.B. § 784, die Zulassung dieses Rechtsgeschäfts ist lediglich eine Konsequenz von der Aufnahme des abstrakten Schuldversprechens in den Rahmen des Gesetzes. Kohlenbeck Kom. zu § 784 sagt, die Annahme selbst ist ein Schuldversprechen bezw. Schuldanerkenntnis. Abstrakt sei es deshalb, weil der Empfänger von der causa, die den Annehmer zur Annahme bestimmt, meistens keine Ahnung hat.
3. Das Inhaberpapier.[4]) Die abstrakte Natur dieses

[1]) Cosack Bd. I S. 593 nennt den Ausdruck Schuldversprechen für abstrakte Schuldversprechen mit Recht schwer verständlich und unpraktisch, desgl. v. Tuhr S. 4.

[2]) Vergl. Prot. Bd. II S. 502 Abs. I, S. 503 Abs. 2, S. 508 Abs. 4, Mot. 2 S. 690, Plank § 780 Nt. 5, Oertmann Kom. Vorbem. z. 20. Titel, Dernburg bürgerl. R. II 1 S. 1196.

[3]) Dernburg bürgerl. R. II 2 S. 216 ff., § 238 I III, Oertmann a. a. O. S. 253. Besonders tritt die abstrakte Natur auch im § 787 hervor.

[4]) Hiezu gehören auch Karten, Billets, Marken und ähnliche Urkunden des täglichen Verkehrs, welche § 807 nennt, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen herausgegeben, aus welchen sich ergibt, dass er sich dem Inhaber zu einer Leistung verpflichten will.

Rechtsinstituts folgt aus § 793 B.G.B. Der Inhaber kann Leistung nach Massgabe des Versprechens verlangen. Dass ein in einer Schuldverschreibung auf den Inhaber abgegebenes Versprechen regelmässig abstrakt sein wird, folgt ferner aus dem Umstand, dass der Aussteller durch eine einseitig verpflichtende Erklärung die obligatorische Bindung gegenüber jedem Inhaber herbeiführt und aus der Urkunde eine causa in der Regel nicht zu ersehen ist.

4. Der abstrakte Erlass und negative Schuldanerkenntnisvertrag[1]) B.G.B. § 397 Abs. I und II. Wie die acceptilatio das Korrelat zur stipulatio, so Schulderlass (§ 397 I) und negative Schuldanerkenntnis (§ 397 II) das entsprechende abstrakte Rechtsgeschäft zu § 780 und 781; die Möglichkeit, beide Schuldverträge abstrakt zu fassen, geht aus dem Wortlaut selbst hervor.

5. Die Verträge zu Gunsten Dritter[2]) B.G.B. § 238. Ein Vertrag auf Leistung an Dritte kann deshalb abstrakt gefasst werden, weil das B.G.B. den abstrakten Vertrag allgemein zugelassen und eine

---

[1]) Beide sind formlos. Es könnte also hier die causa nicht einmal durch die Form ersetzt werden (vergl. vorne S. 17 Anm. 3), welche Fassung jedoch, wie bereits erwähnt, unrichtig sein dürfte. Beide sind jedoch Beispiele dafür, dass die Formvorschriften teilweise dazu dienen sollen, den Schuldner als den wirtschaftlich Schwächeren zu schützen. Dieser Schutz ist in diesem Fall wirksamer, wenn keine Formvorschrift besteht, weil dann auch ein mündlicher Schulderlass gilt. Hieher gehört auch nach Ansicht von Bähr S. 193 ff., Collatz S. 135 ff., Endemann W. Emf. § 141 I 3 S. 630 die Quittung; sehr scharf formuliert dies Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 135: Da die Quittung keinen Beweis des Empfanges bildet, kann sie nichts sein als negatives Schuldanerkenntnis. Nach der heute vorwiegenden Meinung ist jedoch das negative Schuldanerkenntnis nicht die notwendige einzige Funktion der Quittung, wie ja auch das B.G.B. ihre zweite Funktion durch die Bezeichnung Empfangsbekenntnis in § 368 als Beweismittel, Beurkundung einer Tatsache kennzeichnet, vergl. Dernburg B.G.B. II § 115 (dagegen Pand. II § 54 Nr. 14 f.); Enneccerus 2. Aufl. S. 533; Fischer-Henle § 368 Nr. 3, § 397 Nr. 2; Oertmann S. 253, Kom. § 368 Nr. 5, Vorbem. zum 20. Titel Nr. 3; Planck § 368 Nr. 5, ebenso Mot. II S. 88 ff., ferner die bei Heise S. 26 Citierten. a. M. Bülow Geständnisrecht S. 188 (aussergerichtliches Geständnis).

[2]) Hellwig a. a. O. S. 69, 270 ff., vergl. ferner Wieland a. a. O. S. 227. Das Wechselaccept enthält dem Trassanten gegenüber ein Versprechen auf Leistungen an einen Dritten.

Ausnahme für unseren Fall nicht gemacht hat. Weshalb sollte ich auch einen Schuldvertrag, dahin lautend, dass ich dem A 1000 schuldig sein will, nicht insofern erweitern können, als ich diese 1000 statt dem A dem B am Fälligkeitstage zu bezahlen verspreche, wenn der Grundsatz: Alteri stipulari nemo potest keine Gültigkeit mehr hat. Es handelt sich bei einem derartigen Vertrag in der Regel um Rechtsbeziehungen, in welchen nur die Kontrahenten stehen, dem Dritten sind sie fremd, da ja die Parteien, indem sie aus Anlass derselben, aber mit Isolierung des Versprechens von seiner causa den für den Dritten relevanten Vertrag schlossen, gezeigt haben, dass diesem gegenüber auf den Schuldgrund nicht zurückgegriffen werden soll.[1] [2]

[1]) Ihrer Stellung im System des Gesetzes nach wären hier als weitere abstrakte Verträge zu nennen die Uebertragung von Forderung und Uebernahme von Schuld § 398 bezw. 414 B.G.B.; dieselben sind jedoch, obwohl im Obligationsrecht enthalten, keine obligatorischen, sondern dingliche Verträge und scheiden demnach aus der Darstellung aus. Sie stellen nämlich durch ihren Abschluss keine Rechtsbeziehung von Person zu Person, sondern eine von Person zu einem Gegenstande her, vergl. Siber a. a. O. S. 99. Endemann Lehrb. Bd. I S. 669 nennt sie obligatorische Verträge mit dinglicher Wirkung. Die Novation endlich, die einige hier aufzählen, ist dem B.G.B. als selbständiges Rechtsinstitut unbekannt. Als Ersatz dient ihr die Uebernahme einer neuen notwendig abstrakten Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt für die alte. Wirtschaftlich entspricht ihr ferner noch der § 607 Abs. 2 B.G.B., die Vereinbarung, dass der Schuldner einer Geldsumme oder Quantität vertretbarer Sachen diese hinfort als Darlehen schulden solle; vergl. Siber a. a. O. S. 60.

[2]) Als einen seiner Natur nach abstrakten Vertrag, der sich nur an andere Verhältnisse anlehnt, erwähnt Kohler in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft S. 68 § 34 noch den Bürgschaftsvertrag; denn der Bürge verpflichtet sich ohne Rücksicht auf dasjenige, was er für die Bürgschaft bekommt oder wie sich seine Vergütung und Vergeltung gestalten wird.

§ 4.

Die Loslösung der causa vom abstrakten Schuldvertrag in ihrer graduellen Verschiedenheit.

Wir haben gesehen, dass unter dem Sammelnamen „abstrakte Verträge“ im Bürgerl. Gesetzbuch — abgesehen von den dinglichen Verträgen — eine ziemliche Anzahl obligatorischer Verträge fällt. Doch darf man an diesen gemeinschaftlichen Begriff, wie wir gleich sehen werden, keine all zu hohen Anforderungen stellen. Die einzelnen abstrakten Rechtsgeschäfte unterscheiden sich nicht nur nach allen möglichen Richtungen von einander, sondern auch in Bezug auf ihr gemeinsames Merkmal, ihre Abstrahierung, d. h. Loslösung von ihrem Rechtsgrunde, sind sie verschieden. Es ist also eine ziemlich ungenaue Bezeichnung, ein Rechtsgeschäft als „abstraktes“ kurzweg zu charakterisieren, da ja der Begriff „abstrakt“ selbst kein einheitlicher und gleichmässiger ist. Es ist ein Begriff, der nur das eine besagt: Das Zweckgeschäft ist vom Leistungsgeschäft losgelöst. In welchem Masse jedoch die Loslösung sattgefunden hat, muss erst bei den einzelnen abstrakten Rechtsgeschäften untersucht werden. Die Loslösung vom Grundgeschäft ist stärker durchgeführt bei der Annahme einer Anweisung und der Ausstellung einer Schuldverschreibung, wie z. B. im Fall des § 780 B.G.B. Dies zeigt sich in einer geringeren Zugänglichkeit dieser Rechtsakte Einreden aus dem Zweckgeschäft gegenüber. So sagt Oertmann, dass die Anweisungs-Annahme, indem sie wegen eines Mangels des zu Grunde liegenden Verhältnisses nicht einmal mit den für die abstrakten Verträge aufgestellten besonderen Rechtsmitteln [1])

[1]) Auf diese werden wir später noch ausführlicher zu sprechen kommen. Der Oertmann'schen Ansicht diametral gegenüber steht Kindel, er lässt den Angewiesenen, gemäss seinem Grundsatz von der Leugnung des abstrakten Geschäfts weil zwecklos, dann nicht haften, wenn weder eine eigene noch fremde Schuld vorliegt. Das Versprechen hat in diesem Falle für ihn keine bindende Wirkung und kann durch condictio und exceptio angefochten werden.

(condictio und exceptio) angegriffen werden darf, das Wesen des abstrakten Aktes in erhöhter Potenz zeigt. Ebenso wie das Anweisungsaccept, zwar nicht, wie Oertmann wohl mit Unrecht annimmt, Einwendungen gegen den abstrakten Akt ausschliesst, sondern nur im beschränkten Masse zulässt, beschränkt die Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber die dem Verpflichteten zustehenden Einwendungen. Wegen Fehlens oder Mängel der causa können dem Inhaber nach § 796 nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Das Vorbild dieser Bestimmung ist unzweifelhaft Art. 82 der Wechselordnung und daher sind Einwendungen nur in dem Masse zulässig, wie sie Theorie und Praxis aus dem Wechsel gestatten. Zur gleichen Ansicht werden wir betr. des § 784 (Einwendungen gegen das Anweisungsaccept) gelangen, wenn wir bedenken, dass die Motive (II S. 560) selbst durch den Vergleich des Anweisungsacceptes mit der Annahme eines Ordrepapiers in diesem Sinne interpretiert haben wollten. Diese Meinung wird mit geringen Abweichungen untereinander auch von Dernburg,[1]) Endemann,[2]) Planck[3]) und Crome[4]) geteilt. Diesen beiden abstrakten Schuldverträgen mit erhöhter Abstrahierung stehen dann das Schuldanerkenntnis, der Wechsel und die übrigen in § 3 aufgezählten Verträge gegenüber, bei welchen eine Loslösung vom Grundgeschäft nur in geringerem Masse von der Rechtsordnung vorgesehen ist und welche als notwendige Relation hiezu in stärkerem Masse durch das Grundgeschäft, d. h. durch seine Fehler und Mängel beeinflusst werden.

Aber nicht nur die einzelnen abstrakten Verträge, sondern ein und derselbe abstrakte Vertrag zeigt uns — in den einzelnen Stadien seines Verkehrslebens — einen verschiedenen Grad der Loslösung von seinem rechtlichen Grunde und damit eine grössere oder geringere Zugänglichkeit Einwendungen gegenüber.

Man kann in Bezug auf diesen verschiedenen Grad von Abstrahierung nach dem Vorgange von Tuhrs unterscheiden

[1]) Bürgerl. Recht II 2 S. 215.
[2]) Lehrbuch I S. 1215 Z. 4a.
[3]) Kom. z. B.G.B. II S. 538.
[4]) Lehrbuch II S. 925 Z. 44z.

a) provisorisch abstrakte Rechtsgeschäfte,[1]) das sind solche, bei welchen die Verbindung mit der causa noch eine sehr enge ist und welche deshalb von den Fehlern und Mängeln derselben in hohem Grade beeinflusst werden. Diese Beeinflussung ist eine so starke, dass die Wirkung der Loslösung der causa lediglich in einer Verschiebung der Beweislast besteht. Ein provisorisch abstraktes Rechtsgeschäft bleibt nur so lange und soweit abstrakt, als es der Schuldner unterlässt, die causa zu seiner Verteidigung aufzudecken. Provisorisch abstrakt sind alle abstrakten Schuldverträge, solange noch die ursprünglichen Kontrahenten — die durch die causa verbundenen Parteien — Gläubiger und Schuldner sind. In diesem geringen Masse abstrakt bleiben alle derartigen Schuldverhältnisse, bei welchen ein Wechsel des Gläubigersubjekts durch Cession vor sich geht, denn nach B.G.B. § 404[2]) kann der Schuldner dem neuen Gläubiger alle diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Hiebei schützt selbst guter Glaube den Cessionar nicht.

b) Dieser geringe Grad von Abstrahierung, den wir, da er bei den am meisten im Verkehr vorkommenden abstrakten Rechtsakten, z. B. dem Wechsel, nur ein vorübergehender vorläufiger Zustand ist, provisorisch nannten, ändert sich in einen endgültigen (definitiven) bei einem Wechsel des ursprünglichen Gläubigers, der nicht durch Cession geschieht. Definitiv abstrakt werden alle diejenigen abstrakten Verträge, bei denen der Singularsuccessor eines der ursprünglichen Kontrahenten Einwendungen aus § 404 nicht gegen sich gelten lassen muss. Das sind abstrakte Verträge, auf welche Artikel 82 der Wechselordnung oder die beiden nach Analogie dieser Bestimmung auszulegenden

---

[1]) Vergl. v. Tuhr S. 10: Diese Regel des Kondiktionenrechts (dass die condictio nur gegen den Erstbereicherten zu richten ist) wird aber, wenn die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht kommt, d. h. wenn der Vermögensverlust nur abgewendet werden soll, durchbrochen durch den Grundsatz des § 404.

[2]) Dasselbe tritt ein bei neuem Wechsel des ursprünglichen Schuldners durch Schuldübernahme § 417 B.G.B.

§§ 784, 796 B.G.B. Anwendung finden. Also Verträge, bei welchen der zweite Gläubiger nicht das Recht des ersten Gläubigers mit seinen Mängeln erlangt, sondern ein von demselben Recht unabhängiges selbständiges Recht. [1] [2])

[1]) Eine fernere Einteilung wäre auch möglich nach v. Tuhr S. 3 Anm. 1: In abstrakte Verträge mit abstrakter Fassung und abstrakte Verträge mit causaler Fassung sowie causal gefasste Verträge, welche abstrakt gewollt sind.

[2]) Bei den dinglichen Verträgen, welche bei unserer Betrachtung ausscheiden, ist die Abstrahierung im allgemeinen stärker durchgeführt wie bei den obligatorischen.

§ 5.

Die Rückwirkungen der ausgeschiedenen causa auf den Schuldvertrag im allgemeinen.

Wir haben oben bereits darauf hingewiesen, welche Vorteile ein abstrakter Vertrag im Prozess für den Gläubiger bietet, er ist eine ziemlich scharfe Waffe[1]) in der Hand desselben und kann leicht zu einer Verdrängung des wahren (materiellen) Rechts durch das formalistische Recht dienen.

Aus diesem Grunde hat die Rechtsordnung gegen diese lediglich technisch geformten Rechte in doppelter Weise eine Reaktion eintreten lassen.

a) Sie hat durch Formvorschriften, besonders Schriftlichkeit, den Abschluss dieser Rechtsgeschäfte erschwert; soweit man in unserer Zeit Schriftlichkeit noch für eine Erschwerung beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes bezeichnen kann.

Schriftlich muss ausgestellt werden der Wechsel, ferner fordert das B.G.B. bei allen denjenigen abstrakten Verträgen, welche selbständig ein Forderungsrecht begründen sollen, diese Form; vergl. B.G.B. §§ 780, 781. Hievon bestehen wiederum 2 Ausnahmen:

1.[2]) nach H.G.B. § 350 bedarf das abstrakte Schuld-

[1]) v. Tuhr S. 7 nennt das abstrakte Schuldversprechen ein schneidiges Institut, vergl. ferner Prot. Bd. II S. 503, Cosack bürgl. Recht I § 162 A. I 3 l (ausgezeichnete Angriffsstellung).

[2]) v. Tuhr S. 4 Anm. 3 behauptet mit Recht, es wird dem Gläubiger in diesem Falle schwer fallen zu beweisen, das die Worte abstrakt gemeint sind, da hier das wichtigste Indiz des abstrakten Willens (Weglassung der causa im Schuldschein) fehlt. Vergl. auch Klingmüller Schuldversprechen. Er spricht von einer Erleichterung der Form bei Bevölkerungsklassen, deren Intelligenz und grössere Rechtskenntnis ohne weiteres die Annahme zulassen, dass in ihren Kreisen abstrakte Schuldverträge nur eben im abstrahierenden, eine bindende Feststellung beabsichtigenden Sinne abgeschlossen werden. Auch er behauptet jedoch, dass es praktisch auf eine schriftliche Fixierung hinauskomme.

versprechen, wenn es auf Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, keiner Formvorschrift,

2.[1]) genügt ein mündliches Schuldversprechen, wenn es auf Grund einer Abrechnung oder Vergleichs abgegeben wurde. B.G.B. § 782.

b) Sie gestattet dem Schuldner im Prozess auf den ausgeschiedenen Rechtsgrund zurückzugreifen. Dieses Rechtsmittel ist besonders interessant wegen seiner Entwickelungsgeschichte, es ist in seiner jetzigen Gestalt das Resultat eines langen Kampfes zweier Rechtssysteme. Dieser tritt uns gleichsam als Miniaturbild auf dem IX. deutschen Juristentag, auf welchem die Frage der abstrakten Verträge auf der Tagesordnung stand, entgegen. Der Vertreter des jus civile, des strengen formalistischen Systems, welches jedes Zurückgreifen auf die causa ablehnt, ist hier der Referent Hauser.[2]) Er sagt mit grosser Bestimmtheit, mag ein abstraktes Schuldversprechen auf Grund eines Kaufs, einer Kreditgewährung, einer Intercession, einer Entschädigung, einer Spielschuld u. s. w. gegeben sein, das hievon absehende Leistungsversprechen wird an sich selbst von diesen besonderen obligatorischen Verhältnissen nicht bestimmt. Mängel oder Einreden aus diesem unterliegenden Verhältnissen verhindern nicht die Entstehung oder Rechtsbeständigkeit der Obligation, ein solches gültiges Leistungsversprechen hat, um von gleichem Beweise zu reden, dieselbe Wirkung, als wenn ich auf Grund eines Rechtsverhältnisses einen gültigen Kassaschein oder ein gültiges Geldstück hergebe. Gegen diesen streng formalistischen Standpunkt trat, als Vertreter des jus honorarium, Ihering

[1]) v. Tuhr sagt hiezu S. 5, diese Vorschrift beruhe auf einem Irrtum über die causa; auch Pandektenreminiszensen seien mit im Spiele gewesen. In Wahrheit seien die causa des Versprechens nicht die einzelnen Posten und Punkte, sondern die Vereinbarung der Parteien darüber, dass statt der bisherigen Ansprüche nur noch ein Anspruch des A gegen B existieren soll. Dagegen Klingmüller Begriff des Rechtsgrundes § 68, 80; Klingmüller Schuldversprechen S. 80 hält es aber trotzdem für ein abstraktes Rechtsgeschäft; vergl. ferner die Entstehungsgeschichte Prot. I S. 1723, Mot. II S. 690, Prot. Bd. II S. 503, 508, ferner Crome System II S. 900.

[2]) Verhdlg. z. IX. d. I.R.T. Bd. III B. 78 ff.

auf, er betont den Zweck im Recht und tritt dafür ein, Einreden aus der Beschaffenheit der causa zuzulassen; nur müsse man den richtigen Gesichtspunkt für diese Anfechtung finden, damit nicht unter einem anderen Namen die einmal ausgeschiedene causa ganz wieder hineingetragen werde.[1]) Dieser Streit, der sich hier vor dem deutschen Juristentag abspielte zwischen rein formalistischer Abstraktheit und dem Billigkeitsrecht ist, wie bereits gesagt, ein getreues Abbild einer Jahrhunderte langen Entwickelung des römischen Rechts, des Kampfes zwischen jus civile und jus honorarium, der mit dem Sieg des letzteren endigte, damit, dass der Praetor wegen Mängel der causa als Einrede verteidigungsweise die exceptio doli[2]) gewährte und zum Angriff gegen bereits eingetretene Rechtsfolgen das System der Kondiktionen[3]) aufstellte. Dieses römische Kondiktionensystem will auch Ihering als Anfechtungsmittel für abstrakte Verträge angewendet wissen, und dasselbe hat auch das B.G.B. übernommen und zwar als ausschliessliches Rechtsmittel, sowohl zur Abwendung als zur Wiederaufhebung eines Vermögensverlustes durch einen abstrakten Vertrag.

[1]) Dieser entscheidende Gesichtspunkt liegt in der Rechtsgültigkeit der Tatsache des Versprechens.

[2]) Vergl. l 2 § 3 D 44, 4. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Vergl. ferner Windscheid Pand. II § 355 6 S. 378, vergl. Liebe S. 83 § 7, Goldschmidt querela non numeratae pecuniae in Iherings Jahrbücher 22. Bd. S. 5 ff. Die Unabhängigkeit der Stipulation von ihrer causa war z. Zt. ihres Entstehens und die nächstfolgende Zeit zweiffellos eine absolute, die Stipulation war gegen jeden Mangel der causa unempfindlich. Allmählich musste die absolute Verbindungskraft der Stipulation als ein rechtlicher Zwangszustand empfunden werden (jure civili teneri), welche die materielle Gerechtigkeit sehr stark verletzen konnte (iniquum esse eum judicio condemnari). Das Rechtsbewusstsein forderte einen Ausgleich dahin, dass dem Gläubiger zwar der Vorteil der von ihrer causa unabhängigen Rechtswirkung der Stipulation verblieb, dem Schuldner aber ein Mittel gewährt wurde, den Mangel der causa geltend zu machen; vergl. Wieland a. a. O. S. 79 ff.

[3]) Vergl. l 1 C 4, 6, ferner Klingmüller Begriff des Rechtsgr. S. 95 ff., die Entwickelung des Kondiktionensystems als Verwirklichung des Billigkeitsprinzipes, des Zweckes im Recht, vergl. ferner Stampe a. a. O. S. 34, nur das Hülfsgeschäft kann Wirkung hervorbringen. Das Grundgeschäft ist völlig irrelevant zu Anfang der Entwickelung, erst später actio fiduciae und exceptio doli.

§ 6.

Die Nichtigkeit abstrakter Schuldverträge durch Rückwirkung der causa.

Aber nicht nur zur Verwirklichung des Billigkeitsprinzipes, des Zwecks im Recht[1]) hat die Rechtsordnung gestattet, dass der Schuldner im Prozess auf die causa zurückgehen kann, um aus etwaigen Mängeln derselben Einreden herzuleiten, sondern die Rechtsordnung selbst ist gleichsam in Person an der Aufrechterhaltung dieses Zusammenhanges beteiligt. Sie ist es zur Selbsterhaltung sich schuldig, dass nicht der rein formalistische Rechtsakt ohne jegliche Rücksicht auf seine causa einen endgültigen, ja selbst einen vorläufigen Rechtserfolg herbeiführt. Denn würde das der Fall sein, so könnte sie es nicht verhindern, dass positive Bestimmungen sowohl formalen wie materiellen Inhalts durch das Institut der abstrakten Verträge umgangen und dadurch vielleicht wichtige Prinzipien umgestossen werden. Es besteht also für jede Rechtsordnung, wenn sie sich nicht der Selbstvernichtung[2]) aussetzen will, ein Muss, Mängel der causa auf den abstrakten Vertrag einwirken zu lassen, und zwar begnügt sich dann die Rechtsordnung nicht damit, das Rechtsgeschäft aus diesen Gründen anfechtbar zu machen, sondern erklärt es wegen Mängel seines Grundgeschäfts, sowohl formeller wie materieller, für nichtig.

Schon im römischen Recht wurde aus diesem Grunde die Wirkung der an sich völlig abstrakten Traditio aufgehoben, so dass ein Eigentumsübergang nicht eintrat, wenn durch die Traditio die Formvorschrift der gerichtlichen

[1]) Vergl. Wieland, der Wechsel und seine civilrechtliche Grundlage S. 78 ff., Klingmüller Schuldversprechen S. 114.

[2]) Klingmüller Schuldversprechen S. 128. Es liegt auf der Hand, dass bis zur Selbstvernichtung keine Rechtsordnung gehen kann, noch gegangen ist.

Insinuation[1]) bei der sogenannten grossen Schenkung umgangen werden sollte und wenn in materieller Beziehung gegen das Verbot der donatio inter virum et uxorem[2]) verstossen wurde.

Die Nichtigkeit ist jedoch in diesem Falle keineswegs der Ausfluss eines allgemeinen Prinzipes, sondern lediglich eine auf jus singulare beruhende Ausnahme und zwar lässt sich der Gesetzgeber hiebei nicht von juristischen, sondern lediglich von sozialpolitischen Erwägungen leiten.[3])

In gleicher Weise hat das B.G.B. Fälle aufgestellt, in denen wegen einer von der Rechtsordnung gemissbilligten Beschaffenheit des Zwecks die Nichtigkeit[4]) des ganzen Rechtsgeschäfts eintritt, so

1) wenn der abstrakte Vertrag lediglich dazu dienen soll, eine vom Gesetz bestimmte, das Rechtsgeschäft erschwerende Formvorschrift zu umgehen.

[1]) Vergl. Bähr S. 9, Oertmann abstr. Versprechen S. 106, vergl. Dernburg Pand. II § 108 S. 286, Windscheid Pand. II § 367 S. 410.

[2]) Vergl. l. J. 7; Oertmann S. 251; Dernburg Pand. VI S. 286, l 3 § 10 D 24,1. Sciendum autem est ita interdictum inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est et si stipulanti promissum est, nihil valet, vergl. fr. l 39 pr. eodem l 5 § 4, eodem l 17 pr. D 161.

[3]) Diese gesetzlichen Ausnahmebestimmungen beruhen lediglich auf sozialpolitischen Erwägungen deshalb, weil sie die Umgehung wichtiger sozialer Einrichtungen, z. B. das Verbot der donatio inter virum et uxorem verhindern sollen. Vergl. Gradenwitz S. 191, 193. Der schenkende Ehegatte im römischen Recht z. B. wird, was den vermögensrechtlichen Erfolg seiner Schenkung betrifft, so behandelt, wie wenn er als Wahnsinniger über eigenes oder als Dieb über fremdes Gut verfügte, so dass man sagen kann, dass die Nichtigkeit hier auf einer tiefeinschneidenden Beschränkung der Handlungsfähigkeit beruht.

[4]) Die Nichtigkeit wird durch unmittelbare Einwirkung der causa d. h. ihrer Mängel (formeller) auf den abstrakten Rechtsakt erzielt; prozessual äussert sich der Mangel als Einwendung, vergl. Oertmann in der Allg. Oest. G.-Z. S. 251, vergl. dagegen Hellwig a. a. O. S. 272; prozessual charakterisiert sich dieses Vorbringen als Einrede. Der Versprechende hat beispielsweise zu behaupten und zu beweisen, dass der abstrakte Schuldschein zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld gegeben wurde; materiell rechtlich ist das Vorbringen Negation dessen, dass das Versprechen eine Verbindlichkeit erzeugt hat, den Beweis, dass gerade aus einer solchen den Akt erschwerenden oder gar annulierenden causa heraus versprochen sei, muss natürlich der Versprechende führen, es handele sich eben dabei um rechthindernde Tatsachen, vergl. ferner Endemann Einf. S. 847, Cosack bürgerl. Recht I § 162 Nt. 14, Planck Kom. § 518 Nt. 2.

Nichtig soll deshalb ein privatgeschäftliches abstraktes Schuldversprechen sein, wenn dasselbe zum subjektiven Rechtsgrund[1]) einen Schenkungsvertrag hat, welcher nach § 518 B.G.B. gerichtlich oder notariell abgefasst werden muss.[2]) [3])

Desgleichen ist ein schenkweise gegebenes abstraktes Schuldversprechen nichtig, wenn es die Bedingung enthält, es solle erst in Kraft treten, falls der

[1]) Vergl. Klingmüller Schuldversprechen S. 128, v. Tuhr S. 17.

[2]) Es könnte zweifelhaft sein, ob diese Vorschrift auf abstrakte Verträge, z. B. auf ein schenkweise nach § 780, 781 erteiltes Schuldversprechen Anwendung finden soll, da derartige Verträge als unmittelbare Vollziehung der Leistung nach § 518 II anzusehen sind, eine solche Realschenkung der Formvorschrift des § 518 I nicht unterliegt. Dem steht aber das Gesetz dadurch im Wege, dass für ein schenkweise gegebenes Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beurkundung gefordert (§ 518 I S. 2) und so Umgehung der Form verhindert wird. Als Folge dieser Formvorschriftsverletzung ergibt sich nach § 125 S. 1 Nichtigkeit, wie von den Meisten anerkannt wird, so Dernburg bürgerl. Recht II S. 198 ff., Endemann Einf. I § 162 Z. I b, Planck II 518 33 und v. Tuhr S. 18 f. a. a. Dagegen Collatz in Iherings Jahrbücher Bd. 40 S. 145 ff. spricht von einer scheinbaren Durchbrechung der ipso jure Gültigkeit des abstrakten Vertrags durch § 518. Es scheint hier, wenn man lediglich den Wortlaut beachtet, die Nichtigkeit solcher Anerkenntnisse festgestellt zu sein. Dieser Auslegung widerspricht die Vorschrift des § 518 II, nach welcher der Mangel der Form durch Bemerkung der Leistung geheilt wird. Unter dem Hinweise, dass dann der dritte redliche Erwerber aus einem schenkweise erteilten Schuldversprechen gar keine Rechte erwerbe, während der Cessionar eines ob turpem causam erteilten Schuldscheins Erfüllung erlangen könne, weil der Anspruch nicht gegen den Dritten geht, kommt er zu dem Schluss, dass ein formwidrig schenkweise gegebenes Versprechen nicht Nichtigkeit, sondern lediglich Kondizierbarkeit hervorruft. Dem widerspricht sowohl § 404 B.G.B. wie § 518 Abs. 1 S. 2, wie auch endlich der Umstand, dass ein Schuldversprechen keineswegs einn reale Leistung darstelle, vergl. § 364 II; vergl. hiezu v. Tuhr S. 6.

[3]) Ob der § 518 I S. 2, der dem Wortlaut gemäss nur für Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis gilt, auch auf andere abstrakte Akte auszudehnen sei, möchten wir verneinen, vergl. Hellwig S. 273, Anm. 53. Verspricht der Schenker wechselmässig dem zu Beschenkenden die Summe, so ist weder die Ansicht Planck § 518 u. 2, dass der Schenker zahlen muss, noch die Ansicht von Meissner (§ 518 Anm. 4), welcher den § 518 I 2 verwenden will, richtig; vergl. auch v. Tuhr S. 19, der betont, dass es doch eigentlich nur eine grössere Geschäftsgewandtheit erfordere, um durch Ausstellenlassen eines Wechsels das Verbot zu umgehen; ferner Klingmüller Schuldversprechen S. 134, 138.

Beschenkte den Schenker überlebt, es sei denn, dass es nach § 2301 B.G.B. in die Form der Verfügungen von Todeswegen gekleidet ist, dies ergibt sich unmittelbar aus § 2301 I S. 2 l. c.

2) Sollen abstrakte Verträge auch nicht dazu benützt werden, bestimmte materielle Vorschriften und Prinzipien zu umgehen. Nach § 762 I S. 1 B.G.B. begründen Spiel und Wette keine Verbindlichkeit. Wie ist ein Schuldversprechen nun zu beurteilen, das eine Spiel- oder Wettschuld verdecken soll? Das B.G.B. sagt, die Vorschrift des § 762 I S. 1 [1]) soll auch für eine Vereinbarung gelten, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis. Diese Vereinbarung soll also keine Verbindlichkeit erzeugen.[2]) Dem Spiel- und Wettvertrag wird das Differenzgeschäft gleichgestellt. Eine aus diesem Geschäfte eingegangene Verpflichtung ist ebenfalls ipso jure nichtig, dasselbe verfügt das Gesetz im § 656 II über das Schuldanerkenntnis, durch welches Jemand für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens der Ehe einen Lohn versprochen hat.[3])[4])

---

[1]) Vergl. v. Tuhr a. a. O. S. 515; Klingmüller Schuldverspr. S. 131.

[2]) Während im Entwurf I dem Aussteller nur das Recht gewährt wurde, die Erfüllung zu verweigern oder Befreiung von seiner Verpflichtung zu verlangen, hat das B.G.B. Unwirksamkeit angenommen und hiedurch den Standpunkt der Motive verlassen. v. Tuhr a. a. O. S. 86 nimmt an, dass diese scharfe Formulierung durch die zweite Kommission aus der Zeit der Vorbereitung zum Börsengesetze und der in damaligerZeit sehr heftigen Abneigung gegen Differenzgeschäfte herrührt. Er nennt es einen überflüssigen und störenden Verstoss gegen die Struktur des abstrakten Schuldversprechens. Für die ipso jure Gültigkeit tritt wie oben Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 145 ein.

[3]) Bedenken entstehen auch, wie der Versprechende, wenn das Anerkenntnis in indiskreter Form erteilt ist, im Prozess die causa geltend machen muss. Planck Komm. II S. 503 meint, es bedürfe nicht des Vorschützens einer Einrede; dieser Ansicht hat sich jetzt auch Endemann VIII. Aufl. S. 1173 B. 8 und 9, v. Tuhr S. 16 und das R.G. Bd. 36 S. 209 angeschlossen. Nach Endemann handelt es sich weder um eine Einrede noch um ein Gegenrecht. U. E. hat man es hier mit dem Falle des Leugnens des Klagegrundes zu tun.

Ausser diesen vom Gesetz ausdrücklich normierten Fällen der direkten Einwirkung der Mängel — sei es formeller, sei es materieller (d. h. vom Gesetz reprobierte Tatbestände) — des Rechtsgrundes sind noch einzelne wenige Fälle vorhanden, in denen per analogiam gefolgert werden muss, dass aus dem oben angeführten Grunde des Selbstschutzes der Rechtsordnung die Einwirkung des Grundgeschäfts bezw. seiner Mängel so stark ist, dass sie Nichtigkeit des ganzen Rechtsaktes zur Folge hat.[1]) Die abstrakten obligatorischen Rechtsakte sind mit Ausnahme der Annahme einer Anweisung Verträge. Es finden deshalb, soweit keine lex specialis für sie besteht, die allgemeinen Bestimmungen des allgemeinen Teils des B.G.B. auf sie Anwendung. Sie sind anfechtbar wegen Betrugs, Irrtums etc., nichtig wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit eines Kontrahenten. So ist auch ein abstrakter Vertrag nichtig, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Niessbrauch zu belasten, wenn er nicht die Formvorschriften des § 311 erfüllt, desgleichen ein solcher, durch welchen sich ein Teil verpflichtet zur Uebertragung des Eigentums an einem

---

A. M. Oertmann a. a. O. S. 251, hienach hat der Aussteller des Schuldscheins die den Einwand des Spiels begründenden Tatsachen darzulegen und im Bestreitungsfalle zu beweisen.

[4]) Wie oben, so tritt uns auch hier die Frage entgegen, ob der § 762 per analogiam auch auf die übrigen abstrakten Verträge ausser dem ausdrücklich bezeichneten Schuldanerkenntnisvertrag anzuwenden sei. Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht deutlich hervor, dass jede abstrakte Verbindlichkeit klaglos sein soll, so auch der Wechsel, vergl. hiezu Ackermann S. 578, Cosack I § 162 Nr. 14, Endemann Einf. I § 187 S. 847, Fischer-Henle § 762 Nr. 6, Hellwig S. 237, 238, Anm. 537, Kuhlenbeck Kom. § 762 Nr. 2—3, Matthias S. 567 (3. Aufl. S. 603), Meissner S. 246, Oertmann S. 251, Komm. § 656 Nr. 1, 362 Nr. 3, Planck § 762 Nr. 3, § 656 Nr. 5, v. Tuhr S. 19.

[1]) Diese Fälle brauchen hier nicht behandelt zu werden, weil sie kein besonderes Bild in ihrer Wirkung bei den abstrakten Verträgen bieten. So ist z. B. ein Schuldübernahmevertrag nichtig aus dem Grund, weil vielleicht überhaupt kein Vertrag zustande kam, indem sich das Vertragsangebot des einen Kontrahenten auf eine Schuldübernahme bezog, während der andere annahm in der Meinung, es handele sich um eine Forderungsübernahme. Man darf also nicht meinen, diese Nichtigkeit könne nicht geltend gemacht werden, weil der Schuldübernahmevertrag abstrakt und im Allgemeinen Einwendungen aus der causa ihm nicht entgegengehalten werden dürfen.

Grundstücke, wenn er nicht dem § 313[1]) in formeller Weise genügt. Hier ist auch der Fall zu erwähnen, dass ein abstrakter Vertrag zur Umgehung der Formvorschrift des § 2033 dienen soll (Verfügung eines Miterben über seinen Anteil im Ganzen), ein Vertrag, der gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf.

Ferner ist auch die Frage zu erörtern, ob ein Richter auf Antrag eine unverhältnismässig hohe Vertragsstrafe, die durch einen abstrakten Vertrag versprochen wurde, herabsetzen darf, B.G.B. § 343, oder einen unverhältnismässig hohen Mäklerlohn für den Nachweis der Gelegenheit eines Dienstvertrags oder für die Vermittlung eines solchen Vertrags, B.G.B. § 655. Wir glauben auch dies bejahen zu müssen, denn wenn das Gesetz den Zweck dieser beiden Bestimmungen erfüllen will — den Schutz der wirtschaftlich Schwachen vor Ausbeutung — muss es diese Herabminderung gestatten, da sonst das richterliche Ermässigungsrecht ziemlich illusorisch gemacht würde.[2])

---

[1]) Dies ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, geht aber aus § 780 B.G.B.: „soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist", sowie aus dem allgemeinen Prinzip, dass abstrakte Verträge nicht zur Umgehung des Gesetzes dienen dürfen, hervor. Im Falle des § 313 heilt den Formenmangel Auflassung oder Eintragung ins Grundbuch. Wie wird sich aber der Fall gestalten, wenn Jemand durch abstrakten Vertrag schenkungsweise den Bruchteil eines Vermögens zu übertragen verspricht ohne Einhaltung der erforderlichen Form? Nach § 518 II wäre der Formenmangel durch Bewirkung der Leistung geheilt. Nach § 311 wäre aber trotzdem der Vertrag nichtig. Unserer Ansicht nach geht stets die verschärfte Formvorschrift vor, da sonst der Gesetzesumgehung Tür und Tor geöffnet wäre. Es geht also § 311 § 518 vor, weil in ersterem § die Formvorschrift dadurch, dass Angebot und Annahmeerklärung gerichtlich oder notariell beurkundet werden muss, während bei § 518 nur eines von diesen beiden beurkundet werden muss, verschärft ist, auch bedeutet § 518 II nur eine positive Ausnahmevorschrift für § 518 I.

[2]) Ob dieses Recht nun im Wege der Klage oder auch einredeweise geltend gemacht werden kann, ist weiter hier nicht zu erörtern; vergl. Planck II § 343 B. I, dagegen Dernburg B.G.B. II 1 S. 228.

§ 7.

Die Condicierbarkeit der Leistung als Rückwirkung der causa.

Die im vorigen § aufgezählten Fälle sind jedoch die einzigen, in welchen die Einwirkung der mangelhaften causa eine unmittelbare und derartig starke ist, dass sie Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge hat. Alle sonstigen Mängel im Grundgeschäft haben nur zur Folge, dass der abstrakte Akt mit den bereits oben erwähnten für diese Art von Rechtsgeschäften vom B.G.B. als Korrektiv aufgestellten Rechtsmitteln, „dem römischen Kondiktionsystem", angefochten werden kann.[1]) Es stehen dem Geschädigten zum Angriff auf denjenigen, welcher durch die Realisierung des abstrakten Vertrags sich einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil verschafft hat, die Klagen wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu Gebote, die jedoch als persönliche Klagen stets nur gegen den Erstbereicherten zu richten sind. Ist der Vermögensverlust noch nicht eingetreten, so kann er abgewendet werden dadurch, dass man verteidigungsweise dem Gläubiger die Bereicherungseinrede entgegensetzt. Trotzdem diese aus den Bereicherungsklagen, welche ganz persön-

[1]) Vergl. Klingmüller Schuldversprechen S. 104. Waltet bei der Zulassung der abstrakten Geschäfte eine juristische und logische Strenge (rigor cambialis) ob, zum Zwecke einer leichten Verwertbarkeit der Rechte, so bringt die Kondiktion infolge ihrer Rücksichtnahme auf jene Bedürfnisse der Parteien die Grundsätze der Billigkeit zur Geltung. Das B.G.B. selbst jedoch erklärt, dass das Kondiktionsprinzip nicht auf diesem allgemeinen Satz beruhe. Es geht nicht vom Bereicherten, sondern von der Lage des Leistenden, der seinen Zweck nicht erreicht, aus, vergl. Motive II S. 829 ff. Bei der Anfechtung darf natürlich nicht auf das Motiv zurückgegriffen werden, sondern nur die ausgeschiedene rechtlich erhebliche causa, bezw. ihre Mängel benützt werden.

licher Natur sind, entspringt, kann sie sich wegen des wirklichen Vermögensüberganges in gewissen Fällen nach Art der dinglichen Klagen gegen dritte wenden. Diese Zulassung der Bereicherungsklagen und der daraus entspringenden Einrede war unbedingt nötig gewesen, denn da das B.G.B. abstrakte Rechtsgeschäfte in ziemlich grosser Anzahl aufstellt, hat sich die Gefahr des Vorhandenseins äusserlich gültiger Rechtsgeschäfte, welche materiell nicht gerechtfertigt sind, stark vermehrt. Bei der Regelung dieser Frage dachte man wohl in erster Linie an die abstrakten dinglichen Verträge, bei welchen die Trennung von Grundgeschäft und Leistungsgeschäft eine stärkere ist. Der dann geschaffene obligatorische Rückerstattungsanspruch wurde auch auf die obligatorischen abstrakten Verträge ausgedehnt und dient auch hier zur Ausgleichung einer Vermögensverschiebung, die materiell nicht gerechtfertigt ist. Im Entwurf I war ein eigener § (684)[1]) aufgestellt, welcher die Anwendung der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung auf das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis besonders betonte. In der zweiten Kommission erklärte man diese besondere Bestimmung für entbehrlich[2]). Im Gesetz selbst jedoch ist, um allen Zweifeln die Spitze abzuschneiden, im § 812 II die Bestimmung aufgenommen worden, dass als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des

---

[1]) § 684 Entw. I lautete: Der Schuldner, welcher ein den Verpflichtungsgrund nicht angebendes oder nur im Allgemeinen bezeichnendes Schuldversprechen erteilt hat, kann die Erfüllung der aus dem Versprechen oder Anerkenntnisse sich ergebenden Verpflichtungen verweigern oder Befreiung von der letzteren verlangen, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gelten; vergl. hiezu auch Ackermann a. a. O. S. 585.

[2]) In der Denkschrift des Bundesrats wurde es jedoch ausdrücklich erwähnt (S. 98 ff.), dass nach dem Wesen und Zweck des Schuldversprechens der Schuldner zwar an und für sich aus dem ursprünglichen Grunde Einwendungen gegen den Anspruch des Gläubigers nicht herleiten darf, dass es aber gleichwohl nicht ohne rechtliche Bedeutung ist, wenn dieser Verpflichtungsgrund an einem Mangel leidet, und dass dem Schuldner das Recht verbleibt, wegen eines solchen Mangels nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung die Leistung zu verweigern, auch sich für ihn aus den fraglichen Vorschriften unter Umständen ein Anspruch von der Befreiung von der Verbindlichkeit ergibt.

Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldnerverhältnisses gilt. Die Gliederung der Kondiktionen selbst ist ganz nach römischem Muster vorgenommen worden.[1] [2])

---

[1]) Die Kondiktion ist begründet:
1) wenn die Bereicherung des rechtlichen Grundes entbehrt (condictio sine causa);
2) wenn der ursprünglich vorhandene Grund später wieder weggefallen ist (condictio ob causam finitam);
3) wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt (condictio causa data causa non secuta und condictio indebiti);
4) wenn der vorhandene Rechtsgrund wegen Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit vom Gesetz gemissbilligt wird (condictio ob turpem vel injustam causam).

[2]) Die Einrede, die aus dem Bereicherungsanspruch gemäss dem Grundsatze dolo petit, qui petit, quod redditurus est, entspringt (im ersten Entwurf hatte § 864 diese Einrede ausdrücklich statuiert), besteht selbst nach Verjährung des Anspruchs fort, § 821; vergl. v. Tuhr S. 8, Wieland S. 59.

§ 8.

Die Vorzüge der Abstrahierung von der causa trotz dieser Rückwirkungen derselben.

Das Resultat dieser ganzen Abhandlung ist kurz gesagt folgendes. Das B.G.B. nimmt die abstrakte Vertragsform in sich auf, indem es einzelne Typen abstrakter Verträge aufstellt. Es bricht dadurch mit der gemeinschaftlichen Praxis vor Bähr und stellt gewissermassen das Prinzip auf, ein Vertrag soll Gültigkeit haben ohne Rücksicht auf seinen Rechtsgrund. Das Gesetz durchbricht jedoch diesen Grundsatz selbst wieder, indem es bestimmt, abstrakte Verträge sollen nichtig sein, wenn sie als causa vom Gesetze reprobierte Rechtsgeschäfte haben. Ausserdem gestattet es dem Schuldner mittels exceptio und condictio auf den Rechtsgrund zurückzugreifen. Man könnte also fast mit Wieland behaupten, der Begriff des abstrakten Rechtsgeschäfts sei „ein in sich selbst zerfliessender Begriff". Wenn wir andererseits die Vorteile bedenken, die ein abstrakter Vertrag bietet, wie z. B. Umkehr der Beweislast, leichtere Durchführung eines Prozesses, Vorteile des Urkundenprozesses, so müssen wir doch uns eingestehen, ein in sich selbst zerfliessendes Nichts ist dieses allerdings im B.G.B. von Widersprüchen nicht ganz freie Gebilde nicht. Diese Widersprüche sind jedoch im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung eine unbedingte Notwendigkeit und man darf ihrethalben nicht soweit gehen den ganzen Begriff zu leugnen. Wie man denn überhaupt an einen dogmatischen Begriff in praxi keine allzu hohen Anforderungen stellen darf.

Dieses Leugnen des Begriffes rührt auch davon her, dass die Theoretiker vielfach in unbewusster Anlehnung an die von ihnen selbst verpönte naturrechtliche Schuld sich den Begriff a priori konstruieren und ihn mit allen möglichen

Vorteilen ausstatten; bei einer Anwendung auf die tatsächlichen gesetzlichen Verhältnisse bemerken sie dann, dass ihr auf diese Weise gewonnener Begriff nirgends standhält, und nun leugnen sie überhaupt das Vorhandensein des Begriffes.

Welcher Unterschied trotz dieser Mängel und Widersprüche des Institutes der abstrakten Verträge darin besteht, ob man Jemandem causal oder abstrakt eine Summe verspricht, zeigt ganz besonders der Fall, in welchem Jemand auf Grund eines gegen ein gesetzliches Verbotsgesetz (§ 134) verstossenden oder eines unsittlichen (§ 138) Zweckgeschäftes eine Leistung abstrakt verspricht. Hier hat das B.G.B. zu Gunsten des Begriffes vom abstrakten Rechtsgeschäft durch einen für diese Art von Rechtsgeschäften aufgestellten Sonderparagraphen ein anderes sehr wichtiges Prinzip (das Prinzip der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, welche gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen) durchbrochen.

Dieser Sonderparagraph ist der § 817; die Frage, in welchem Verhältniss er zu den §§ 134 und 138 steht, deren Lösung wir bereits kurz angegeben haben, ist jedoch eine vielfach umstrittene.

§ 9.

Rückwirkung der ausgeschiedenen causa, welche gegen §§ 134, 138 B.G.B. verstösst, auf den abstrakten Schuldvertrag; der scheinbare Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 mit § 817 B.G.B.

Wie bereits oben erwähnt unterliegen abstrakte Verträge, soweit nichts Besonderes für sie bestimmt ist, den allgemeinen Bestimmungen über Verträge, also folgern eine Anzahl von Schriftstellern auch den §§ 134 und 138 B.G.B.

§ 134 lautet: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.

§ 138 lautet: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen.

Mit diesen beiden §§ steht scheinbar in einem unlöslichen Widerspruch § 817.

Dieser lautet: War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

Da nun nach der Ansicht der meisten Schriftsteller sowohl die beiden ersten Bestimmungen als auch dieser § als ein Satz des Kondiktionenrechts auf abstrakte Verträge

anzuwenden ist, so entsteht die Frage: Hat § 134 und 138 oder § 817 eine stärkere Wirkung?

Sofort gelöst ist dieser Widerspruch in dem Falle, dass das abstrakte Rechtsgeschäft selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst. Dann tritt naturgemäss Nichtigkeit gemäss §§ 134, 138[1]) ein. Zweifelhaft erscheint es uns nur, ob wir es dann überhaupt noch mit einem abstrakten Rechtsgeschäft zu tun haben, da ja das verbotswidrige oder unsittliche Grundgeschäft im abstrakten Vertrag selbst genannt ist. Es könnte sich höchstens um ein abstraktes Rechtsgeschäft mit causaler Fassung handeln; dass dies in solcher Weise abgefasst wird, ist ziemlich unwahrscheinlich. Denn es ist kaum denkbar, dass Jemand zur Verdeckung eines andern Geschäftes einen abstrakten Vertrag schliesst, diesen aber causal abfasst und zwar so, dass die causale Fassung — der Vertrag kann ja dabei abstrakt bleiben — in der Weise ausgeführt wird, dass sie gegen § 134 oder 138 verstiesse.

Schwierig wird jedoch die Frage, in welchem Verhältnis die obengenannten 3 Paragraphen zu einander stehen, dann, wenn nicht das abstrakte Rechtsgeschäft selbst, sondern nur seine causa gegen § 134, 138 verstösst.

Hier gehen die Meinungen sehr auseinander. Eine Richtung in der Literatur behauptet, der abstrakte Vertrag sei auch dann nichtig. Ihr steht gegenüber eine grosse Anzahl von Schriftstellern, welche behaupten, der abstrakte Vertrag sei in diesem Fall gültig und nur das Geleistete kondizierbar.

Für die Nichtigkeit treten ein Lotmar[2]) mit folgender Begründung: Es kann ein Rechtsgeschäft, welches die

[1]) Vergl. Dernburg B.R. II 1 S. 199. Die Nichtigkeit ist unzweifelhaft dann anzunehmen, wenn der Verstoss gegen die guten Sitten aus dem Schuldschein selbst hervorgeht, wenn z. B. in demselben ausdrücklich erklärt wird, dass für den Verrat militärischer Geheimnisse oder solange ein ehebrecherisches Verhältnis dauert, eine Summe zu zahlen ist.

[2]) S. 63. Da ein solches Versprechen nichtig ist, so erzeugt es keine Verbindlichkeit, es wird seinem Empfänger nicht geleistet, so dass es nicht begreiflich erscheint, wieso gegen ihn eine Rückforderung gehen könnte, nur von einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit kann die Rede sein. Es ist daher anzunehmen, dass das Gesetz mit der Zulassung der Rückforderung gegenüber der Verbindlichkeit eben die Ungültigkeit ausdrücken wollte, die sich in der Rückforderung des Schuldscheins äussern mag. Man kann wohl sagen, dass diese Ausdrucksweise weder üblich noch glücklich ist.

Voraussetzung des § 817 erfüllt, überhaupt keine Verbindlichkeit erzeugen und deshalb kann von einer Liberation, wie sie dieser Paragraph aufstellt, keine Rede sein. Denn wenn der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstösst, so tut es desgleichen der Versprechende selbst durch die Abgabe dieses Versprechens. Dies ist jedoch nicht anders denkbar, als dass das Versprechen selbst gegen die guten Sitten verstösst und deshalb nichtig ist. In seinem System hat also der § 817 keinen Raum; er dient ihm höchstens zur Rückforderung des Schuldscheins.

Dieselben Gründe führt Matthias an; indem er sich auf die obenangeführte Ansicht Lotmars stützt, lässt er ebenfalls wegen Nichtigkeit des Rechtsaktes nur eine Rückforderung des Schuldscheins eintreten. Die Schwäche dieser Auffassung liegt darin, dass beide das subjektive Verhalten der Parteien beim Abschluss des Vertrages mit dem objektiven Inhalt desselben gleichsetzen, obwohl gerade Lotmar S. 46 ff. scharf hervorhebt, dass man die objektive Unmoralität von der subjektiven der Beteiligten scharf zu trennen habe. Ein Beispiel soll erhellen, wie gross der Unterschied zwischen der subjektiven Unmoralität beim Abschluss des Vertrags und dem objektiv unsittlichen Inhalt eines solchen Vertrages ist.

Ich bestelle mir eine Sendung russischen Tabaks von einem Kaufmann, von welchem ich bestimmt weiss, dass er an der Grenze keinen Zoll bezahlt und deshalb den Tabak billiger liefern kann. Mein Verhalten hiebei ist subjektiv unsittlich, nach Lotmar steht dieser Vertrag auf der gleichen Stufe wie das Rechtsgeschäft, durch welches A dem B ein Bordell verkauft, also einen Vertrag mit objektiv unsittlichem Inhalt schliesst. Wird über beide Verträge ein abstraktes Schuldanerkenntnis ausgestellt, so sind beide nach dieser Ansicht nichtig. Dass dies im ersteren Falle zu weit geht, ist klar. Es kann doch niemand einfallen, einen derartigen Tabakskauf als ein unsittliches Rechtsgeschäft zu erklären, da ja der Kauf selbst kein unsittlicher ist, sondern nur der subjektive Beweggrund einer oder vielleicht beider Parteien beim Abschluss des Kaufvertrages. Wollte man jeden Vertrag, bei welchem der eine Kontrahent subjektiv unsittlich sich verhält, für nichtig erklären, so hätten wir bei etwas weiterer Auslegung des Unsittlichkeitsbegriffes wohl wenig gültige Rechtsakte. Auch lassen beide den abstrakten Rechtsakt

allzu stark von seiner causa abhängig sein; es ist richtig und wiederholt betont worden, eine Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und seiner causa bleibt sogar bei der am stärksten abstrahierenden Anweisungsannahme vorhanden, aber äussert sich dieselbe nicht stark genug in der Möglichkeit, den Rechtseffekt eines derartigen Geschäfts mittels Kondiktion wieder aufzuheben?

Ganz besonders aber spricht gegen diese Ansicht der § 817 und zwar sowohl seiner Stellung im System,[1]) wie auch seinem Inhalte nach.

Ist der abstrakte Vertrag nichtig, so kann § 817 nur noch den Zweck haben, diese Nichtigkeit festzustellen oder den Schuldschein aus diesem nichtigen Geschäft zurückzufordern. Dazu wäre wirklich, um mit Lotmar zu sprechen, die Fassung wenig glücklich gewählt. Wäre ferner (vergl. Oertmann abstr. Geschäft § 232) das ob turpem causam konstituierte debitum schlechthin ein indebitum, so wäre das zu ihrer Erfüllung Geleistete einfach indebite geleistet und es wäre nicht abzusehen, wieso der Schluss des § 817 seine Rückforderung ausschliesst. Es sprechen also die Worte, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, direkt gegen die obenangeführte Ansicht.[2]) [3])

---

[1]) Oertmann Komm. § 539. Lotmar hat nun für die unter § 817 fallenden Akte in der Tat behauptet, dass es sich hier nicht um eine Beseitigung eines an sich vorhandenen Rechtsgeschäftes, sondern vielmehr um eine blosse Feststellung seiner Nichtigkeit handele. Die Kondiktion soll bei in dieser Art eingegangenen Verbindlichkeiten nur auf Rückgabe der Schuldurkunde gehen, das widerspricht aber durchaus dem Texte des §, der nach Lotmars Auffassung überhaupt keine Existenzberechtigung hätte und das Missverständnis geradezu herausforderte. Die Rückforderung der Leistung in S. 2 ist offenbar im Sinne einer Liberationskondiktion der eingegangenen Verbindlichkeit zu verstehen. Die Lösung des Bedenkens liegt in der Erwägung, dass zwischen Geschäften zu scheiden ist, die selbst unsittlich oder rechtswidrig sind, z. B. stipulatio flagitii faciendi causa, sie sind nichtig, und solchen, bei deren Abschluss nur der eine oder andere Teil oder auch beide Teile subjektiv unsittlich oder rechtswidrig handeln.

[2]) Vergl. Collatz S. 141. Diese Auslegung widerspricht den Worten des Gesetzes und lässt den Grundsatz der Selbständigkeit des Schuldversprechens ausser acht. Selbständig ist, was ohne Stütze stehen kann. Wird ein Vertrag, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, vom Gesetz als gültig anerkannt, bedarf es also des Rechtsgrundes des Versprechens als einer Stütze nicht

Zu dem gleichen Resultat, Nichtigkeit gemäss §§ 134, 138, gelangt auch Dernburg, dem sich Staub anschliesst. Ein abstraktes Rechtsgeschäft, das gegen die §§ 134, 138 verstösst, ist nichtig, selbst wenn der gesetzwidrige oder unsittliche Bestimmungsgrund im abstrakten Akt z. B. Schuldschein nicht hervorgehoben wird; denn die Frage, ob ein Geschäft sittlich oder unsittlich ist, kann von diesem zufälligen und rein äusserlichen Umstand nicht abhängen. [4]) Den Widerspruch, der hierin mit dem § 817 entsteht, löst er damit, dass er erklärt, dieser § sei überflüssig und passe nicht ins System. [5]) Dieser Ansicht schliesst sich Staub [6]) an und zieht ebenfalls den § 138 dem widersprechenden § 817 vor.

Ferner vertreten diese Ansicht Weyl [7]) und Scherer [8]);

mehr, so kann es nicht fallen, wenn dieser Rechtsgrund auf unsicheren Füssen steht, oder wenn es ganz an einem Rechtsgrund fehlt.

[3]) Matthias I. Aufl. § 141 S. 626. In der III. Aufl. S. 702 hat M. seine Ansicht geändert. Er lässt hier den Befreiungsanspruch zu und weist darauf hin, dass eine bei Abschluss des Geschäftes einer oder beiden Parteien zur Last fallende subjektive Unsittlichkeit noch nicht die Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Geschäfts mit sich bringt. Von solchen gültigen Verbindlichkeiten handelt 817, also von der Kondiktion solcher Verbindlichkeiten.

[4]) Dernburg B. R. II 1 § 90 III, 5. S. 199; hiegegen bemerkt v. Tuhr S. 13 Anm. 27: Aber dieser äussere Umstand hat u. a. die wichtige praktische Folge, dass man bei kausaler Fassung dem Schuldschein die Unsittlichkeit sofort ansieht, bei abstrakter Fassung dagegen nicht.

[5]) Vergl. Dernburg a. a. O., da aber § 817 im Widerspruch mit § 138 steht, so ist die letztere als prinzipielle und innerlich allein gerechtfertigte Vorschrift als massgebend zu erachten; ferner § 379 II S. 601. Die Bedeutung des § 817 im System des B.G.B. ist zweifelhaft. Nach §§ 134, 138 ist jedes Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig, die Uebereignung vollzog sich also im Rechtssinne nicht, sodass der Uebereignende das gesetzwidrig oder unsittlicherweise Gewährte condicieren kann. Wenn § 817 hierauf keine Rücksicht nimmt, so kann doch nicht angenommen werden, dass er den Eintritt jener Folgen beseitigen will.

[6]) Staub H.G.B. Komm. II § 350 f g, S. 1087 ff., hiegegen W.O. Art. 82 § 35 Anm. 36.

[7]) Vorträge z. B.G. Bd. I S. 252. Die Folgen der Nichtigkeit dieser Verträge ist: eine verschärfte Herausgabepflicht, ferner Archiv f. B.R. Bd. 14 S. 148. Hier bezieht er die Rückforderung des § 817 S. 2 nur auf eine etwaige Schuldurkunde und begründet dies mit der Nichtigkeit der Verbindlichkeit im Falle der §§ 134, 138.

[8]) Scherer B.G.B. bei § 817. Nach meiner Ansicht ist § 817 eigentlich eine Wiederholung der §§ 134, 138 und sonach unnötig.

ihre Begründung ist jedoch sehr mangelhaft. In neuerer Zeit sind als Anhänger dieser Richtung dann noch besonders Klingmüller[1]) und Neubecker aufgetreten. Ersterer gelangte zu diesem Resultat im Wege der Deduktion[2]), indem er von den oben erwähnten Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich die Nichtigkeit bestimmt, ausgeht und diese Beispiele für die Möglichkeit, dass die Eigentümlichkeit der causa einen unmittelbaren Einfluss ausübe, insbesondere seine Nichtigkeit herbeiführe, erweitert durch das Beispiel der §§ 134, 138. Er begründet es aber ferner noch damit, dass die Vorschriften obiger Paragraphen zwingender Natur seien und deshalb nicht dadurch umgangen werden dürften, dass die Parteien durch Abschluss eines abstrakten Vertrages sie ausser Kraft setzten.[3]) Neubecker[4]) erklärt den abstrakten obligatorischen Vertrag, welcher gegen § 138 verstösst, für nichtig, weil § 138, der in unversöhnlichem Widerspruch mit § 817 steht, letzterem vorgeht.

Gegen diese Auffassung sprechen zum Teil die schon oben gegen Lotmar angeführten Gründe, besonders die Verkennung der Meinung des Gesetzgebers in Bezug auf die Stellung des § 817. Diese Vorschrift — so behaupten die meisten Schriftsteller — habe nur den einzigen Zweck, Rückforderung der Schuldurkunde herbeizuführen, während sie doch in Wahrheit eine Rückforderung einer Leistung, wenn sie gegeben, bezw. eine Befreiung sie zu leisten

[1]) Klingmüller, Begr. d. Rechtsgr. S. 84 f. Es tritt bei einem von der Rechtsordnung gemissbilligtem Zweck zuweilen Nichtigkeit des ganzen abstrakten Geschäfts ein, nicht nur im modernen Recht, Wechsel etc., durch welche ein verbotenes und gegen die guten Sitten verstossendes Geschäft bezweckt wird. Derselbe Schuldversprechen S. 131 ff. event. S. 133, dies ist doch zum mindesten ein Standpunkt, der die grossen Linien und die allgemeinen Grundsätze berücksichtigt.

[2]) Oertmann d. J. Z. VII S. 185.

[3]) Dieser Gedanke findet sich ähnlich auch bei Dernburg B.R. II 1 S. 195. Zwingende Rechtssätze dagegen verlieren dadurch ihre Wirkung nicht, dass die Verpflichtung, welche sie ausschliessen oder beschränken, in die Gestalt abstrakter Verbindlichkeiten gekleidet wird.

[4]) Vergl. Neubecker S. 71, 89. Bei § 138 handelt es sich nicht um einen positiven römischen Rechtssatz, sondern um einen von den römischen Juristen entdeckten, dem Rechte seinem Begriff nach imanenten Fundamentalsatze. § 817 verstösst gegen das Prinzip, dass niemand eine Klage auf eigene Unsittlichkeit stützen kann. Vergl. ferner D. J. Z. VII S. 568, dagegen Eccius D. J. Z. VII S. 41.

(condictio liberationis) bedeutet.[1]) Auch die Formulierung Klingmüllers,[2]) nach der ein nichtiges Geschäft ebenfalls noch Folgen haben kann, wenn auch keine materiellen, und diese könnten dann mit Hilfe des § 817 aus der Welt geschafft werden, kann diese Auffassung nicht retten, denn hiezu hätte es keiner besonderen Kondiktion bedurft, hier hätte die rei vindicatio[3]) vollauf genügt.

Ferner übertreiben diese Schriftsteller samt und sonders die Ausdehnung eines gesetzgeberischen Prinzips, sie sagen alle, um des Prinzipes willen, das § 138 darstellt, muss Nichtigkeit eintreten, ein solches allgemeines Prinzip kann der Gesetzgeber sehr wohl aus Gründen der Billigkeit durchbrechen, ja er kann es sogar mit Rücksicht auf den Verkehr durchbrechen müssen, wenn er nicht die Menschen zu Sklaven des Prinzips machen will, denn nicht der Mensch ist des Rechtsprinzipes, sondern alles Recht ist lediglich des Menschen willen geschaffen.[4]) Mit Recht sagt Bernhöft,[5])

[1]) Vergl. hiezu Oertmann, Allg. öst. J. Z. No. 32 S. 252.

[2]) Klingmüller Schuldverspr. S. 136: Tatsachen, auch rechtliche, lassen sich nicht aus der Welt schaffen, und ein nichtiges Rechtsgeschäft ist doch nicht blos tatsächlich durch irgend einen sinnlich wahrnehmbaren Akt, sondern auch in der rechtlichen Welt vorhanden gewesen. Es bedarf dann in Rücksicht auf den Formalismus des Rechts öfters noch einer besonderen rechtlichen Aktion, um auch die formelle Hülle des nichtigen Geschäfts zu zerstören oder doch mögliche Rechtsfolgen wieder zu beseitigen, z. B. die Nichtigkeitsklage bei der nichtigen Ehe, die Besitzkondiktion auf Grund eines nichtigen Geschäfts, die Kondiktion einer Quittung. Hierunter fällt auch, indem wir nicht blos den Wortlaut des Gesetzes, sondern die vom Gesetze beabsichtigte praktische Gestaltung der rechtlichen Beziehungen beachten, die Rückforderung jener Verbindlichkeit des § 817.

[3]) Vergl. Enneccerus-Lehmann S. 247 Bd. I. Wäre die Tradition nichtig, so wäre die Aufstellung der bes. Klage des § 817, welche im wesentlichen der condictio ob turpem causam des gemeinen Rechts entspricht, schwer begreiflich, zumal wäre es nicht verständlich, dass der § 817 bei eigener Unsittlichkeit des Gebers die Rückforderung ausschliesst, denn der Geber könnte ja vindicieren.

[4]) Vergl. Regelsberger Pand. I S. 581. Alles Recht ist nur für die Menschen vorhanden, ferner S. 59 II, die Rechtsordnung wird bestimmt durch die Interessen der Gesamtheit, denn die Erhaltung und Vervollkommnung der Gemeinschaft incolumis civium conjunctio ist ihr Zweck.

[5]) Bernhöft, Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes des B.G.B.: Kauf-, Miete- und verwandte Verträge S. 2: Absichtlich oder versehentlich gab der Gesetzgeber dem praktischen Bedürfnisse Raum und sprengt dadurch seine besten Konstructionen.

die folgerichtige Durchführung von Prinzipien ist nirgends vollkommen gelungen, das gesetzgeberische Ideal der Jetztzeit wurde — Gott sei Dank — nirgends erreicht. Diesem Uebertreiben des Prinzipes steht andererseits der Fehler entgegen, dass sämtliche die Wirkungen der abstrakten Verträge allzu gering ansetzen. Selbst die am wenigsten abstrahierenden sog. provisorisch abstrakten Rechtsgeschäfte sind immerhin von ihrem Grundgeschäft losgelöst und werden — Ausnahmefälle ausgenommen — nicht ohne weiteres von diesem beeinflusst. Der Einfluss beginnt erst von dem Augenblick an, in welchem die causa aufgedeckt wird.

Auch der Grund, dass, im Falle keine Nichtigkeit eintrete, der Gesetzumgehung Tür und Tor geöffnet wäre, ist nicht stichhaltig; sehr richtig bemerkt hiezu v. Tuhr S. 12: Dies erhellt nur, dass eine derartige causa nicht ohne Wirkung bleiben darf.

§ 10.

Fortsetzung und Schluss.

Diesen verhältnismässig wenigen Schriftstellern steht eine grosse Menge von Theoretikern sowohl wie von Praktikern gegenüber, welche den Satz aufstellen: ein abstrakter Vertrag ist ipso jure gültig, selbst wenn seine causa gegen §§ 134, 138 verstösst. Die Begründung ist zum Teil eine verschiedene. Alle Autoren, welche diese Meinung verfechten, aufzuzählen, hätte keinen grossen Zweck, da nur wenige ihre Meinung genauer begründen, die übrigen sich begnügen, auf diejenigen hinzuweisen, welche auf diese Materie näher eingegangen sind.

Oertmann, den wir schon einigemale als Gegner der Nichtigkeit aufgeführt haben, begründet seine Ansicht folgendermassen: Um zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen, muss man unterscheiden zwischen Geschäften, die selbst unsittlich oder rechtswidrig sind, z. B. stipulatio flagitii faciendi causa — derartige Geschäfte sind nichtig, und auf sie kann § 817 nicht Anwendung finden. Dieser Paragraph sei vielmehr lediglich deshalb vorhanden, um Geschäfte, bei deren Abschluss ein Teil oder auch beide Vertragsteile unsittlich oder rechtswidrig handelten, ohne dass dies im Geschäft selbst zum Ausdruck gelangt, denn sonst wäre es ja objektiv unsittlich und wäre Fall 1 Nichtigkeit gegeben.[1]) Ferner begründet er die Nichtigkeit seiner Ansicht noch damit, dass einerseits für die Fälle der Nichtigkeit Ausnahmebestimmungen vorhanden seien, für

[1]) Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse S. 539.

diesen Fall jedoch eine solche positive Sondervorschrift fehle.[1])

Endemann erklärt das abstrakte Schuldversprechen für sittlich indifferent, weil es einen selbständigen Verpflichtungsgrund schafft; nur einen Einwand begründe die unsittliche und rechtswidrige causa, dieser werde durch § 817 abschliessend begrenzt.[2])

Kipp bezw. Windscheid greift auf den einen Grund Oertmanns zurück und erklärt, es könne zwar das Gesetz ein Leistungsgeschäft, dessen causa gegen eine absolute gesetzliche Norm verstösst, nichtig erklären, aber nur kraft positiver Ausnahmebestimmungen, und da diese hier fehlen, so ist nur Kondicierbarkeit gegeben.[3])

Enneccerus begründet seine Ansicht in der Weise, dass er erklärt, da die causa keinen Teil des Geschäfts bildet, so kann das Erfordernis des § 138 z. B. gar nicht bei einem abstrakten Geschäft eintreten, es kann selbst nicht gegen die guten Sitten verstossen.[4])

Planck: Wenn das die Grundlage der Zuwendung bildende Rechtsgeschäft wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig ist, so fehlt es überhaupt an einem Rechtsgrunde für die Leistung und das Geleistete kann schon aus diesem Grunde zurückgefordert werden. Dem Leistenden aber ist es unbenommen, auch in diesem Falle die Rückerstattung auf Grund des § 817 zu erlangen.[5]) [6])

Endemann, Kipp, Windscheid, Enneccerus und in ähnlicher Weise auch v. Tuhr begründen ihre Ansicht der Hauptsache nach damit, dass das Leistungsgeschäft selbstständig und deshalb ipso jure gültig ist. Dieser Gedanke von der ipso jure-Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte,

[1]) D.J.Z. VII. Jahrg. S. 105 ff., Oertmann.
[2]) Endemann I S. 1209 B. 126.
[3]) Windscheid-Kipp Bd. II S. 776.
[4]) Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 247, 786.
[5]) Planck II S. 589 ff.
[6]) Dieselbe Ansicht vertreten ferner Cosack I S. 588, 622, Goldmann-Lilienthal I S. 136, 436 f., 117, 453, Kuhlenbeck Komm. Z. § 817 M, 2, Collatz S. 140 ff., v. Tuhr S. 12 f., ferner Heise und die daselbst Citierten S. 62 ff.

eine Eigenschaft, die vielleicht vom Standpunkte des Konstrukteurs aus ganz wünschenswert wäre, ist einer von den Rechtssätzen, welche, wie Bernhöft sich ausdrückt, aus aprioristisch aufgestellten Sätzen durch eine logische Operation abgeleitet werden, ohne im Gesetz begründet zu sein. Endemann folgert diese ipso jure-Gültigkeit aus einer anderen Eigenschaft, welche er den abstrakten Verträgen zuspricht, aus ihrer sittlichen Indifferenz.

Der Gedankengang ist hiebei folgendermassen: Die §§ 134 ff. finden auf die abstrakten Verträge an sich Anwendung, haben aber die Nichtigkeit nicht zur Folge, da ein abstrakter Vertrag nicht nichtig sein kann.

Es beruht dieser Gedankengang auf einer Voraussetzung, deren Richtigkeit im Allgemeinen noch nicht geprüft ist, und die als eine von den Rechtssätzen zu bezeichnen ist, die, wie oben bemerkt, lediglich aprioristisch abgeleitet sind, ohne gesetzliche Begründung. In der Tat scheint uns die Behauptung, dass ein abstrakter Vertrag nicht ipso jure nichtig sein kann, unbegründet und unbegründbar zu sein.

Denn die Abstrahierung von der causa, die das Wesen des abstrakten Vertrages bildet, ist ein rein formeller, technischer Vorgang, der die äussere Gestalt, nicht aber den materiellen Gehalt des Rechtsgeschäftes betrifft. Dass sich aus ihr nichts deduzieren lässt, ergibt sich aus der oben erörterterten verschiedenen Behandlung der verschiedenen abstrakten Rechtsakte in Bezug auf die Mängel ihrer causa, und ebenso folgt aus der dort gezeigten graduell verschiedenen Abhängigkeit des abstrakten Geschäftes von der causa, dass die Nichtigkeit jedenfalls nicht in das Bereich des Unmöglichen gehört.

Damit sind die Ausgangspunkte der fraglichen Argumentation hinfällig geworden.

Auf der andern Seite ist aber positiv zu behaupten, dass der Satz: Ein abstraktes Geschäft ist jenseits von gut und böse, ist sittlich indifferent, falsch ist, und zwar aus folgenden Gründen:

Betrachten wir das Rechtsgeschäft als Vorgang, so ist es immer sittlich indifferent, einerlei, ob es kausal oder abstrakt ist, weil dieser Vorgang eben keine unmittelbare Beziehung zur Sittenordnung hat. Dadurch unterscheidet sich ja das Rechtsgeschäft gerade von der andern Hauptgruppe

der rechtlich erheblichen menschlichen Handlungen, den Delikten.

Eine sittliche Qualität erhält das Rechtsgeschäft überhaupt erst mit Rücksicht auf den Zweck, den es verfolgt, und dieser Zweck ist, einerlei ob er in den Geschäftsinhalt aufgenommen ist oder nicht, ein von dem rechtsgeschäftlichen Vorgang verschiedenes, ihn wohl bedingendes, veranlassendes, aber nicht mit ihm identisches Etwas. Der Kauf eines Hauses zum Zweck der Einrichtung eines Bordelles ist nichtig, aber nicht weil der Vertragsvorgang unsittlich wäre, sondern weil der Zweck, der, einerlei ob er im Vertrag erwähnt oder nicht, ausserhalb des Geschäftes steht, unsittlich ist.

Das Gleiche gilt offenbar von abstrakten Geschäften. Der geschäftliche Vorgang ist auch hier sittlich indifferent; der Zweck ist es nicht. Die Unsittlichkeit des Zweckes beeinflusst die Gültigkeit des Geschäftes.

Streng genommen dürfte der Jurist überhaupt nicht von sittlichen und unsittlichen Geschäften reden, sondern nur von gültigen und ungültigen, nichtigen, anfechtbaren etc. Geschäften. Der Ausdruck unmoralisches Geschäft ist zwar bequem, aber an sich falsch, er bedeutet ein Geschäft, dessen unmoralischer Zweck die Gültigkeit eines Geschäftes so oder so beeinflusst.

Deshalb muss es an sich gleichgültig sein, ob eine stipulatio flagitii causa vorgenommen wurde, oder ob dies so in die Stipulationsurkunde aufgenommen wurde. Die causa, die der sittlichen Beurteilung unterliegt, steht in dem einen, wie in dem anderen Fall ausserhalb des Geschäftes und dies ist auch bei den sogenannten Kausalgeschäften der Fall. In dieser Beziehung scheint der hier behaupteten Lehre eine Verwechselung unterlaufen zu sein: Zwischen der causa im juristischen Sinn, die zum Wesen des Geschäftes gehört und natürlich moralisch indifferent ist, Kauf, Schenkung, Darlehen etc. — und der causa im natürlichen Sinne, dem Geschäftszweck, der von ersterer wohl zu unterscheiden ist.

Die Unterscheidung der kausalen und der abstrakten Geschäfte hat eine Bedeutung für die causa im ersteren, nicht im letzteren Sinn; wenigstens ist das Gegenteil nicht erwiesen. Es ist also jedenfalls möglich, dass der Gesetz-

geber auch einen abstrakten Vertrag bei Unsittlichkeit des Zweckes für nichtig erklärt. Dadurch reduziert sich unser Problem auf die Frage, ob der Gesetzgeber dies getan hat, und, wenn überhaupt zweierlei bestehen kann, ob besondere Gründe dafür sprechen, dass er in diesem Punkt abstrakte Verträge anders behandelt wissen wollte als kausale.

Das letztere wollte der Gesetzgeber ganz entschieden, denn, wenn er die abstrakten und kausalen Verträge gänzlich gleich behandeln wollte, hätte er die gekünstelte Denkform des abstrakten Vertrages nicht gesetzlich sanktioniert. Er durfte aber auch, wollte er das mit Mühe konstruierte Gebilde nicht völlig illusorisch machen — denn wir haben oben gezeigt, wie gering in manchen Fällen der Unterschied zwischen abstrakten und kausalen Geschäften ist — abstrakte und kausale Verträge in diesem Punkt nicht gleich behandeln. §§ 134, 138 können auf einen abstrakten Vertrag keine Anwendung finden. Müssten diese beiden Bestimmungen dagegen auf diese Vertragsform angewendet werden, so müssten sie unbedingt ihre Nichtigkeit zur Folge haben, denn wie wir soeben gezeigt haben, gibt es keine sittlich indifferenten Verträge.

Gegen diese Nichtigkeit wenden denn als zweiten Stützpunkt ihrer Theorie Kipp und Oertmann ein: Nichtigkeit kann nicht eintreten, denn dies müsste bei einem abstrakten Vertrag durch eine Ausnahmsbestimmung des Gesetzes angeordnet sein. Gegen diese Meinung spricht folgendes: Nach der Ansicht dieser beiden Autoren ist eine Ausnahmsbestimmung, welche die Wirkung der §§ 134, 138 für abstrakte Rechtsakte aufhebt, nicht vorhanden. Sie nehmen beide an, dass alle Bestimmungen des allgemeinen Teils, also auch die beiden erwähnten, auf abstrakte Verträge anzuwenden seien, behaupten aber dann, dass sie Nichtigkeit bei dieser besonderen Art von Verträgen nicht hervorriefen, und zwar begründen sie dies nicht damit, dass eine Bestimmung vorhanden ist des Inhalts, dass §§ 134, 138 bei abstrakten Verträgen keine Nichtigkeit hervorrufen sollen, sondern merkwürdigerweise damit, dass keine Ausnahmebestimmung besteht, welche bei abstrakten Verträgen Nichtigkeit eintreten lässt. Also man verfolge die Konstruktion: §§ 134, 138 finden auf abstrakte Rechtsgeschäfte Anwendung, es tritt aber trotzdem keine Nichtigkeit ein, weil keine besondere Vorschrift da ist, welche dies bestimmt.

Es würde doch schon genügen, dass es die §§ selbst bestimmen.

Planck scheint bei seiner Begründung vom französischen Recht auszugehen, indem er, wie im Art. 1131 code civil der obligation sans cause die obligation sur une cause illicite gleichstellt. Abgesehen davon, dass im B.G.B. eine Bestimmung dieser Art nicht besteht, lässt er auch die Wirkungen des § 134 bezw. 138 ganz ausser Betracht.

Aus alledem sieht man sehr deutlich das Bemühen heraus, über die Gegensätze hinwegzukommen, welche bei der Lösung dieser Frage zwischen dem Prinzip der Nichtigkeit von Verträgen, welche gegen ein Rechtsverbot oder gegen die guten Sitten verstossen, einerseits und dem der Selbständigkeit der abstrakten Verträge andererseits sehr hinderlich uns entgegentreten, wobei als ein erschwerendes Moment noch der § 817 hinzutritt. Nur hieraus erklärt sich die Ansicht Oertmanns und vor allem die Meinung Cromes, welche man ihrem Resultat nach als Mittelmeinung — zwischen der Theorie von der Nichtigkeit und der ipso jure-Gültigkeit abstrakter unsittlicher Verträge — bezeichnen kann.

Oertmann behauptet, Geschäfte, die selbst unsittlich sind, z. B. stipulatio flagitii faciendi causa sind nichtig; meint er damit solche abstrakte Geschäfte, bei welchen die Unsittlichkeit oder Verbotswidrigkeit im Vertrag selbst enthalten ist und welche dadurch unseres Erachtens nach zu kausalen Geschäften geworden sind, so können wir uns dieser Ansicht vollkommen anschliessen. Nicht so aber, wenn damit solche Geschäfte gemeint sind, deren Grundgeschäft z. B. verbotswidrig ist, in diesem Falle nämlich könnten wir uns auch seine weiteren Folgerungen nicht mehr erklären, dass nämlich § 817 nur derjenigen abstrakten Rechtsgeschäfte halber durchgreife, bei deren Abschluss der eine Vertragsteil oder beide Vertragsteile subjektiv unsittlich handelten, ohne dass es im Geschäft selbst zum Ausdruck kommt. Da wäre ja plötzlich nicht nur auf die ausgeschiedene causa, sondern über diese hinweg sogar aufs Motiv zurückgegriffen. Dann wäre § 817 für diesen Fall ganz überflüssig, denn es können für abstrakte Rechtsgeschäfte doch nur solche Motive in Betracht kommen, welche beim Geschäft selbst hervorgetreten sind, die also keine Motive mehr sind, sondern Geschäftsinhalt. Ist aber

der Geschäftsinhalt [1]) ein unsittlicher oder verbotswidriger, dann fällt das Geschäft unter die Kategorien, die selbst unsittlich und nach der soeben angeführten Ansicht nichtig sind.

Nichtigkeit aber kann, wie wir schon oben bemerkt haben, nach Oertmann deshalb nicht eintreten, weil nach seiner Ansicht hiezu eine gesetzlich positive Sondervorschrift nötig wäre.

Crome [2]) begründet seine Mittelmeinung folgendermassen: Es ist unzulässig, jedes abstrakte Rechtsgeschäft gültig zu erklären, trotzdem der konkrete Rechtsgrund ein gesetzwidriger oder unsittlicher war, denn dadurch könne man der Nichtigkeit der §§ 134, 138 stets vorbeugen, dass man die Abmachung in ein abstraktes Gewand kleide, und der Gesetzesumgehung wäre Tür und Tor geöffnet. Diese Gesetzesumgehung jedoch kann nur bei denjenigen Geschäften in Frage kommen, bei welchen die Loslösung der Zuwendungen von einem Rechtsgrund ausschliesslich auf der Privatwillkür beruht, nicht jedoch da, wo das Gesetz die Zuwendung nur als abstraktes Geschäft zulässt oder als regelmässig abstrakt kennt. Letzteres ist der Fall bei den sachenrechtlichen Uebereignungen. Auf Grund dieser Erwägungen kommt er zu dem Schluss, der dingliche Uebereignungsvertrag ist stets gültig, selbst wenn sein Grundgeschäft Mängel zeigt. Schuldrechtliche Verträge dagegen, deren Grundgeschäft verbotswidrig oder unsittlich ist, sind nichtig. Merkwürdigerweise zählt er den Wechsel hiebei zu den auf Privatwillkür beruhenden abstrakten Verträgen. Eine Sonderstellung räumt er nur den für den Verkehr bestimmten abstrakten Rechtsakten, z. B. Anweisung, Inhaberpapier ein, indem er hier nach W.O. Art. 82, B.G.B. §§ 784, 796 das ungültig ausgegebene Papier in der Hand des gutgläubigen Dritten wieder vollwirksam werden lässt. Für die abstrakten Schuldverhältnisse des B.G.B. angewendet, unterscheidet sich seine Ansicht von den oben erwähnten Ansichten Lotmars, Dernburgs, Klingmhllers u. s. w. nur dadurch, dass bei ihm das Prinzip der

---

[1]) Leonhard, allg. Teil S. 386. Er unterscheidet hier den Verhandlungsinhalt vom Geschäftsinhalt.

[2]) Crome a. a. O. II S. 1001 ff.

Nichtigkeit nach § 134, § 138 durch eine durch nichts zu beweisende Inkonsequenz[1]) durchbrochen wird; abgesehen davon, ist das Vollwirksamwerden nichtiger Papiere in der Hand des gutgläubigen Dritten doch nicht gut möglich.

Es liegt also auch hierin wie in den bereits besprochenen Ansichten keine Lösung des scheinbaren Widerspruchs, den §§ 134, 138 mit § 817 bei ihrer Anwendung auf abstrakte Schuldverträge bilden. Die sämtlich vorgetragenen Meinungen sind lediglich erfolglose Bemühungen, auf allen möglichen Umwegen über die Schwierigkeit hinwegzugelangen, welche die vereinte Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen auf abstrakte Verträge bietet. U. E. ist auf den bisher eingeschlagenen Wegen eine Lösung der Frage nicht möglich, sie scheitern alle entweder am Prinzip der §§ 134, 138 oder an demjenigen der abstrakten Verträge.

Um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, welche einerseits die Selbständigkeit der abstrakten Verträge berücksichtigt, andererseits aber im Einklang mit dem Gesetze steht, muss man von völlig anderen Gesichtspunkten ausgehen.

Dernburg und Andere haben behauptet, § 817 widerspreche den §§ 134 und 138 und sei somit, als dem Prinzip dieser beiden §§ entgegenstehend, überflüssig. Wir möchten im Gegenteil behaupten, § 817 sei nicht unnötig in diesem Falle, sondern sie sei sogar die allein anzuwendende Bestimmung, welche allerdings den §§ 134, 138 entgegensteht, aber nicht als unnütze Gesetzesnorm, sondern als eine vom Gesetzgeber gewollte singuläre Durchbrechung des Prinzips — als lex specialis —, welche für das Gebiet der abstrakten Verträge §§ 134, 138 ersetzt.

Wir haben bei unseren Ausführungen schon des öfteren auf diese Lösung hingedeutet, so z. B.: Es finden auf abstrakte Verträge die Bestimmungen des allgemeinen Teils des B.G.B. Anwendung, soweit keine Sondervorschriften

[1]) Oertmann D.J.Z. VII S. 107. Denn derartige Mängel der causa sollen ja das Schuldversprechen nichtig machen. Ein Satz, von dem, seine allgemeine Richtigkeit zugegeben, für die Inhaberschuldverschreibung eine Ausnahme nicht nachweisbar ist, vergl. daselbst auch die Ausf. betr. des Wechsels aus verbotswidriger oder wucherischer causa, auf welche hier nicht näher eingegangen werden kann; dagegen v. Tuhr S. 14.

hiefür bestehen. Auf dieselbe Lösung scheint auch Matthias [1]) gekommen zu sein, als er die Frage dieses scheinbaren Gesetzeswiderspruches zu lösen versuchte, denn er sagt: „entweder fallen die abstrakten Verträge nicht unter §§ 134, 138, das wäre jedoch schwer möglich". Er lehnt es also ab, dies anzunehmen, und seine Begründung wird wohl wie bei allen Schriftstellern sein, §§ 134, 138 bedeuten das allgemeine Prinzip, welches der Gesetzgeber aufstellt und von welchem man nicht abweichen dürfe. Hat denn der Gesetzgeber nicht ebenso das Prinzip der abstrakten Verträge aufgestellt, welches er zwar selbst durchbrochen hat, das man jedoch nicht willkürlich noch öfters durchbrechen und so gänzlich vernichten darf. Es ist richtig, §§ 134, 138 ist ein bei weitem allgemeineres Prinzip als letzteres, aber gerade je allgemeiner das Prinzip ist, desto unmöglicher ist es für den Gesetzgeber, es völlig durchzuführen, er muss es durchbrechen, wenn es nicht unter Umständen seinen Zweck ganz verfehlen soll. Ein Rechtsprinzip kann sehr billig sein, sich auch für ein bestimmtes Rechtsverhältnis durchaus bewährt haben und kann doch möglicherweise zu handgreiflichen Unbilligkeiten führen, wenn man es auf Gebiete ausdehnt, die man nicht hinreichend übersieht. Wir dürfen uns also bei unseren Erwägungen nicht von starren Prinzipien leiten lassen, sondern müssen stets den Zweck des Rechtes im Auge behalten, das Verkehrsleben der Menschen zu ordnen. Die Bestimmungen der §§ 134, 138 gehören dem allgemeinen Teil an, sie sind ihrer ganzen Anlage nach nicht sowohl Rechtsbefehle, wie Rechtsregeln für den Gesetzgeber selbst, Richtsteine, nach welchen er den Bau des Gesetzes regeln soll, die aber aus angeführten Gründen nie vollständig ohne Durchbrechung auf jedes folgende Rechtsinstitut passend Anwendung finden. Dieser Unterschied, sagt Bernhöft,[2]) war den römischen Juristen sehr wohl bekannt, sie deuteten die Durchbrechung der allgemeinen Rechtsregel an durch die Worte sed utilitatis causa receptum est, ut . . . Als ein derartiges receptum utilitatis causa stellt sich uns auch § 817 B.G.B. dar.[3])

[1]) Matthias bürgerl. Recht I. 3. Aufl. S. 215.

[2]) Vergl. Bekker und Fischer Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes Bernhöft Kauf, Miete und verwandter Verträge S. 5.

[3]) Vergl. Bernhöft bei Bekker und Fischer: Kauf, Miete etc. S. 5. Eine Rechtsregel kann Ausnahmen haben, nach dem bekannten

Der § 134 weisst uns durch die salvatorische Klausel selbst auf diese Lösung hin, diese fehlt zwar im § 138, allein der Wortlaut des § 817 ist ein derartiger, dass er unbedingt erkennen lässt, er will diese beiden §§ für die abstrakten Verträge ersetzen. Auch die Stellung im System des B.G.B. zeigt uns deutlich diese Bedeutung des § 817. Es ist dieser § ein Satz des Kondiktionenrechts. Wir haben oben bereits erörtert, die Kondiktionen sind — die angeführten Ausnahmen abgerechnet — die einzigen Rechtsmittel, welche der Gesetzgeber zur Aufhebung eines materiell nicht gerechtfertigten Rechtsvorteils gegen die abstrakten Verträge zulässt. Da eine solche Ansnahmsvorschrift hier nicht gegeben ist, so muss § 817 B.G.B. allein zur Anwendung gelangen.

Diese Lösung hat U. E. nach nicht nur den Vorteil der Einfachheit, sondern sie nimmt auch am meisten auf das System der abstrakten Verträge Rücksicht und bringt auch das Prinzip der §§ 134, 138, wenn auch in einer kleinen Abschwächung — diese eben ist durch das Prinzip der abstrakten Verträge bedingt — genügend zur Geltung.[1])

Sprichwort hat sie sogar immer Ausnahmen, weil ein Rechtsprinzip in allen seinen Konsequenzen durchgeführt wird. Vergl. ferner Bernhöft bei Bernhöft und Binder Heft I S. 10.

[1]) Vergl. Klingmüller: Schuldverspr. S. 118. Wo ist im modernen Rechte bei dem Mangel von stricti juris negotii ein erkennbarer formeller Unterschied zwischen der obligatio ipso jure nulla und per exceptionem inefficiens.

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturverzeichnis 1

Einleitung 7

§ 1. Wesen und Begriff des abstrakten Vertrages 9

§ 2. Die geschichtliche Entwickelung des abstrakten Vertrages . 13

§ 3. Die abstrakten Schuldverträge des B.G.B. 19

§ 4. Die Loslösung der causa vom abstrakten Schuldvertrag in ihrer graduellen Verschiedenheit 23

§ 5. Die Rückwirkungen der ausgeschiedenen causa auf den Schuldvertrag im allgemeinen 27

§ 6. Die Nichtigkeit abstrakter Schuldverträge durch Rückwirkung der causa 30

§ 7. Die Condicierbarkeit der Leistung als Rückwirkung der causa 36

§ 8. Die Vorzüge der Abstrahierung von der causa trotz dieser Rückwirkungen derselben 39

§ 9. Rückwirkung der ausgeschiedenen causa, welche gegen §§ 134, 138 B.G.B. verstösst, auf den abstrakten Schuldvertrag; der scheinbare Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 mit § 817 B.G.B. 41

§ 10. Fortsetzung und Schluss 49

Druckfehler-Berichtigung.

S. 9 Anm. 2 statt ad S. C. Trebeltianum lies ad S. C. Trebellianum.
S. 14 Anm. 5 statt C. 19 § 1; D. 46, 4 lies l. 19 § 1; D. 46, 4.
S. 14 Anm. 5 statt C. 77 D. 50, 17 lies l. 77 D. 50, 17.